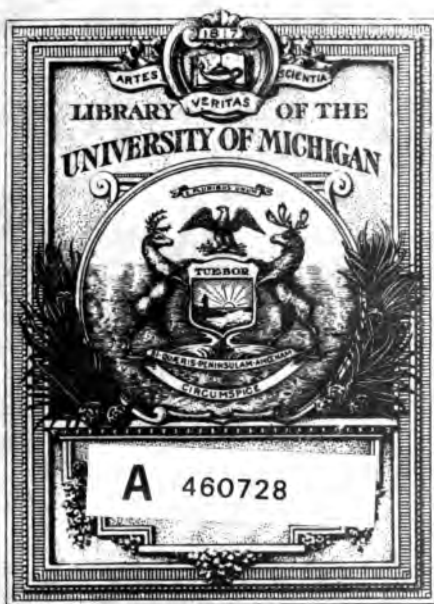
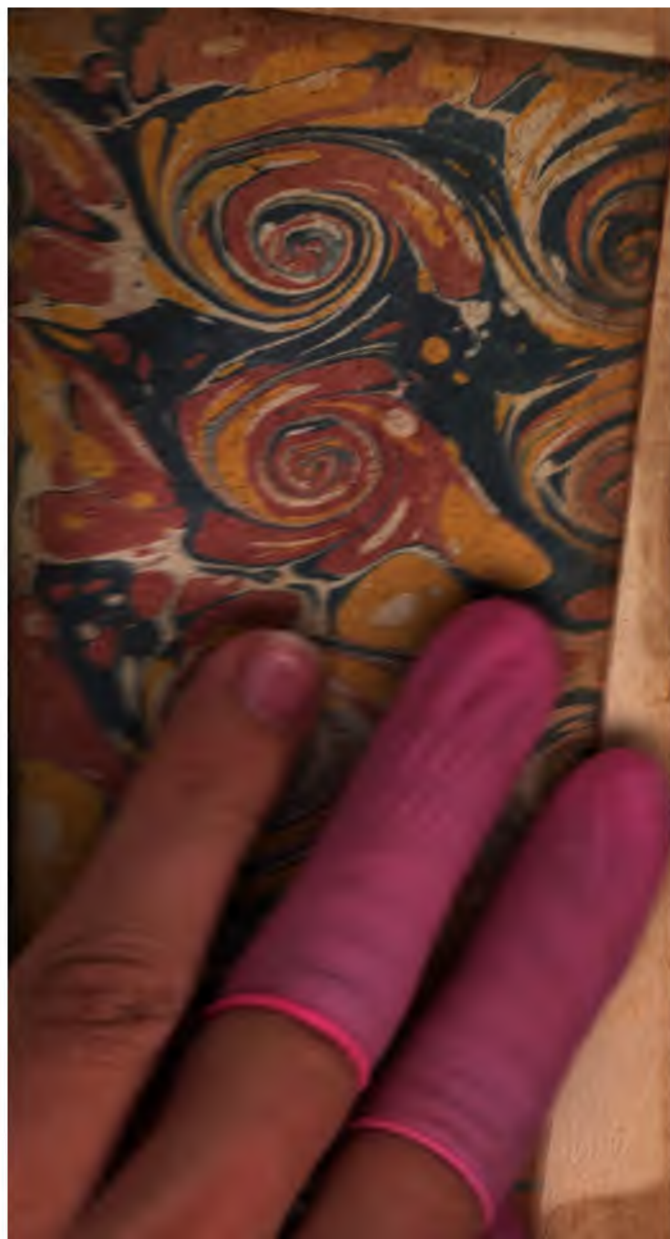



1817
ARTES
SCIENTIA
VERITAS
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
CIRCUMSPICE
A 460728



LES PRINCIPES DE LA *JURISPRUDENCE* FRANÇOISE.

TOME SECOND.

LES PRINCIPES
DE LA
JURISPRUDENCE
FRANÇOISE,

Exposés suivant l'ordre des diverses espéces d'actions qui se poursuivent en Justice.

Par M. PREVÔT DE LA JANNÉS, Conseiller au Présidial d'Orléans, & Professeur en Droit françois en l'Université de la même Ville.

Nouvelle Edition, revue, corrigée & augmentée de plusieurs Pieces posthumes de l'Auteur, sur la même matiere.

TOME SECOND.



A PARIS,

Chez BRIASSON, rue Saint Jacques, à la Science, & l'Ange Gardien.

M. DCC. LIX.

Avec Approbation & Privilége du Roi.

TABLE
DES TITRES, SECTIONS & Chapitres contenus dans le second Volume.

SECONDE PARTIE.

Fin de la Table.

LES



LES PRINCIPES DE LA JURISPRUDENCE FRANÇOISE,

Exposés suivant l'ordre des diverses espèces d'actions qui se poursuivent en Justice.

SECONDE PARTIE.

Des actions personnelles.

295. PRE'S avoir exposé dans la premiere Partie la nature & les diverses especes d'actions réelles, il ne reste plus pour établir tout l'ordre de la Jurisprudence Françoise, que de traiter successivement de toutes les différentes sortes d'actions personnel-

les dans l'ordre naturel où elles se présentent.

Les actions personnelles naissent des engagemens personnels que contractent les hommes les uns envers les autres (*a*) : ces engagemens se forment ou par les liens d'une convention, ou par les seuls liens de l'équité naturelle sans convention ; il faut commencer par les premiers.

La plûpart des conventions, & les actions qu'elles font naître, n'ont pour objet que la prestation d'une chose particuliere : mais il y en a une, qui est tout ensemble la plus importante & la plus ordinaire de celles qui se contractent dans la vie civile, & dans laquelle les contractans acquierent réciproquement sur toutes les actions, sur tout l'état & sur toute la vie l'un de l'autre, un droit consacré également par la nature & par la Religion (*b*) : c'est l'engagement du Mariage, dont l'explication doit précéder naturellement le détail de toutes les conventions bornées à un objet particulier ; le Mariage donne lieu à diverses actions des conjoins l'un contre l'autre, il a

(*a*) *Instit. Justin. l.* 4. *tit.* 6. §. 1.

(*b*) Grotius, du droit de la guerre & de la paix, l. 2. ch. 5. §. 9. n. 4. Institut. au Droit françois, l. 3. ch. 2.

LES PRINCIPES
DE LA
JURISPRUDENCE
FRANÇOISE.

TOME SECOND.

la dignité de Sacrement, en y attachant des graces pour l'éducation des enfans, & pour la sanctification de cette société ; ainsi le Mariage est & contrat civil & Sacrement.

On appelle contrat civil l'engagement mutuel produit par le consentement des parties donné avec toutes les conditions requises par les loix ; ce contrat civil, qui est la matiere, le fondement & la cause du Sacrement de Mariage, doit être parfait & légitime en sa substance, pour être élevé à la dignité de Sacrement ; car Dieu n'a pas voulu sanctifier toutes sortes d'unions, mais seulement celles qui se font conformément à la disposition des loix civiles, auxquelles il veut qu'on obéisse : ainsi lorsque le contrat est nul par défaut de consentement légitime, le Sacrement n'y peut être attaché, non plus que la forme ne peut subsister sans la matiere.

297. L'engagement qui forme le mariage, peut être nul, ou par l'erreur, ou par la violence, ou par l'incapacité des contractans, ou par le défaut des formalités prescrites par la Loi.

Comme l'erreur sur la personne qu'on épouse empêche le consentement (a), il est clair qu'elle rend le mariage nul : mais l'erreur qui ne regarde que les qualités de la personne, ne peut annuller le mariage une fois consommé : la consommation rend les Juges bien plus disposés à présumer qu'il y a eu un consentement indépendant de l'erreur des contractans, si ce n'est qu'il s'agit de qualités tellement essentielles, qu'on dût juger que le consentement des Parties y avoit été absolument attaché.

(a) Regle du Droit franç. tit. 1. regle 59.

Comme rien n'est si contraire au consentement, que la violence & la crainte, elle annulle aussi le mariage : de-là vient que l'Ordonnance de 1639, déclare la personne ravie incapable de contracter mariage avec son ravisseur, jusqu'à ce qu'elle ait été remise en liberté.

298. L'incapacité des contractans est ou absolue, ou relative seulement à la personne qu'on épouse. Ceux qui sont dans une incapacité absolue sont (b) : 1°. Les insensés & les imbéciles (c). 2°. Les enfans jusqu'à ce qu'ils ayent atteint l'âge de quatorze ans accomplis, & de

(b) Regle du Droit franç. tit. 1. regle 55.

(c) *Instit. Justin. l. 1. tit. 22.* Inst. au Droit franç. l. 3. ch. 2.

douze si ce sont des filles (*a*). 3°. Les impuissans qui par le défaut de leur conformation sont inhabiles à satisfaire à l'œuvre principale du mariage. 4°. Ceux qui sont engagés dans les liens d'un premier mariage ; toutes ces personnes sont incapables par le droit naturel de se marier.

(*a*) Lebrun, de la Com. l. 10. ch. 4. n. 18. & suiv.

Ceux qui ont fait des voeux solemnels de Religion dans un Ordre approuvé, les Prêtres, les Diacres & Soudiacres, sont par l'ordre des loix Civiles incapables du mariage (*b*).

(*b*) Instit. au Droit franç. l. 3. ch. 2.

299. L'incapacité relative est aussi établie, ou par l'ordre de la nature, ou par la disposition des loix. Les sentimens de la nature & le respect qu'elle nous inspire pour les auteurs de notre être, ont tellement défendu les mariages entre les peres & meres & les enfans, qu'on ne peut même y penser sans horreur (*c*) : mais la nature a si peu défendu les mariages entre les freres & sœurs, qu'elle les a même rendus nécessaires dans la naissance du monde ; l'usage les ayant depuis abolis parmi la plûpart des Nations de l'Univers, on a conçu pour ces

(*c*) Grotius, du droit de la guerre & de la paix, l. 2. ch. 5. § 12. nombre 1.

mariages une aversion devenue comme naturelle (*a*), & l'inceste entre un frere & une sœur seroit puni pour le frere, des Galeres, & pour la sœur, du Bannissement.

Les Loix Romaines (*b*) défendent encore le mariage entre les oncles & les nieces, les tantes & les neveux à quelque degré qu'ils fussent entre eux : parmi nous aussi ces mariages ne peuvent être valables sans une Dispense particuliere du Pape (*c*), & telle Dispense n'est accordée que rarement & pour des causes très-considérables.

Les Loix Romaines (*d*) permettoient le mariage entre les cousins germains ; les Loix de l'Eglise auxquelles nous nous sommes faits un devoir dans le Droit François de nous conformer, ont été plus loin & ont défendu le mariage entre les cousins jusqu'au degré des enfans des cousins issus de germains inclusivement (*e*) : mais on ne refuse jamais à Rome la dispense de cette prohibition.

La parenté naturelle, produite par le concubinage & l'affinité, que produit le mariage entre l'un des époux & les parens de l'autre,

(*a*) *Ibid.* n. 6. & 7.

(*b*) *Instit. Justin. l.* 1. *tit.* 10. §. 3.

(*c*) Inst. au Droit franç. l. 3. ch. 2.

(*d*) *Instit. Justin. l.* 1. *tit.* 10. §. 4.

(*e*) *Caput* 5. *& extrà de consang. & affinit.*

rendent le mariage nul aux mêmes degrés que la parenté légitime, au lieu que par le droit Romain l'affinité n'empêchoit le mariage que dans la ligne directe.

300. Il ne suffiroit pas aux personnes qui se marient, de n'avoir aucune incapacité de contracter mariage, s'ils ne le faisoient suivant les formes prescrites par les Loix : l'Ordonnance de Blois & la Déclaration de 1639, portent qu'on ne peut contracter validement de mariage, sans proclamation précédente des Bancs par trois divers jours de fêtes avec intervalle compétent.

Cette proclamation doit être faite dans l'Eglise de la Paroisse, où est le domicile actuel des Parties, quand il y a plus de six mois quelles y demeurent, ou plus d'un an, si elles demeuroient dans un autre Diocèse ; sinon les Banes doivent être publiés dans la Paroisse du précédent domicile.

Si ce sont des mineurs, la proclamation doit être faite non-seulement dans la Paroisse où ils ont leur domicile actuel : mais encore dans celle de leurs pere & mere, tuteur ou curateur (*a*).

(*a*) Edit *de 1697.*

Les Evêques peuvent accorder Dispense des Bancs lorsqu'ils le jugent à propos : il est bon d'observer que suivant la Jurisprudence reçue au Parlement, on ne seroit pas recevable à contester un mariage public, & revêtu d'ailleurs de toutes ses formalités, par le seul défaut de la publication de Bancs.

301. La seconde formalité nécessaire est que le mariage ait été contracté en présence du propre Curé de toutes les Parties (*a*) ; à moins que l'Ordinaire ou le propre Curé n'ait permis aux Parties de contracter mariage devant un autre Prêtre ; cette présence du Curé doit être accompagnée d'un acquiescement positif de sa part, de l'approbation donnée au nom de l'Eglise au mariage des Parties, & de la Bénédiction Nuptiale.

(*a*) Ord. de 1639. Concile de Trente.

Un acte reçu par deux Notaires, par lequel deux personnes déclareroient dans l'Eglise en présence du Curé & sur son refus de leur donner la Bénédiction Nuptiale, qu'elles se prennent pour mari & femme, un tel acte, dis-je, ne seroit pas un mariage valable (*b*).

(*b*) Regle du Droit franç. tit. 1. regle 65.

302. La troisieme formalité est la

présence de quatre témoins dignes de foi, qui signent avec le Curé l'acte de la célébration (*a*). Il est vrai que si les conjoins, depuis la célébration faite sans témoins, avoient été publiquement en possession de leur mariage & de leur état, le défaut de témoins ne pourtoit être opposé.

(*a*) Ord. de Blois, art. 40.

303. Il y a une quatrieme formalité néceſſaire à l'égard des mineurs, c'est le consentement de leur pere & mere (*b*), tuteur & curateur : lors donc qu'un mineur s'est marié sans le consentement de ces personnes, à la puiſſance desquelles il est soumis, le pere, la mere, ou le tuteur, peuvent faire déclarer le mariage nul ; on présume facilement qu'il y a eu un rapt de séduction, qui est presqu'auſſi dangereux que le rapt de violence (*c*), & le rapt de séduction rend le mariage nul, suivant les Canons & les Ordonnances (*d*) : mais aucunes autres personnes que les peres, meres, tuteurs ou curateurs, ne sont en droit d'opposer cette nullité, ni d'attaquer le mariage ; sous prétexte de défaut de consentement du pere ou du tuteur.

(*b*) *Instit. Justin. l.* 1. *tit.* 10.

(*c*) Inst. au Droit franç. l. 3. ch. 2.

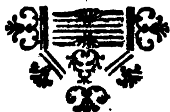
(*d*) Regle du Droit franç. tit. 1. regle 54.

304. Il y a en France des mariages que la Loi regarde comme valables en eux-mêmes, & auxquels néanmoins elle refuse tous les effets civils (*a*); de sorte que les enfans qui en naissent sont traités comme illégitimes par rapport aux successions. Tels sont les mariages qui ont été tenus secrets jusqu'à la mort de l'un des conjoints (*b*); ceux qui ont été contractés à l'extrémité de la vie de l'une des Parties, entre des personnes qui avoient vécus auparavant dans un commerce criminel; ceux qui ont été contractés par personnes mortes civilement; celui qu'une personne ravie par violence a contracté avec son ravisseur, depuis qu'elle a été remise en liberté, car si le mariage avoit été contracté pendant qu'elle étoit dans la puissance de son ravisseur, il seroit pleinement nul à cause de la violence qui est souverainement contraire au consentement (*c*).

(*a*) Inst. au Droit franç. *ibid.*

(*b*) Regle du Droit franç. tit. 1. regle 53. 63 & 64.

(*c*) Ord. de 1639. art. 3.



TITRE SECOND.

Des effets civils du mariage.

305. LEs uns sont un effet du mariage par le droit naturel, les autres par la loi civile.

Le premier de ceux-là est cette puissance que les mariés acquierent sur le corps l'un de l'autre, & qui leur donne le droit de se poursuivre en justice; le mari par la demande en adhésion (*a*), c'est-à-dire afin que sa femme habite avec lui, & la femme pour que le mari la traite maritalement.

(*a*) Regle du Droit franç. l. 1. tit. 2. regle 12.

Le second est l'union des conjoints, dans la société d'une même vie, dont le mari est le chef par la supériorité naturelle de son sexe; d'où il suit que la femme est obligée de suivre son mari dans le domicile qu'il aura choisi (*b*), si ce n'est hors du Royaume.

(*b*) Rennus. de la commun. partie 1. ch. 7. n. 1.

Le troisieme consiste dans les liaisons de parenté & d'affinité qu'il produit, & dans le droit de succéder qu'il donne aux enfans nés du mariage.

306. A l'égard des effets du mariage établis par la disposition de la Loi civile, le premier consiste dans la vertu qu'il a de légitimer les enfans (*a*); l'enfant donc né avant le mariage d'un pere & d'une mere libre (*b*), soit qu'ils pussent ou ne pussent pas se marier sans Dispense ensemble, est légitime de plein droit par le subséquent mariage de ses pere & mere : cette légitimation a même lieu quand ou l'enfant, ou le pere, ou la mere n'y consentiroient point, soit que l'un des deux eût été marié à une autre personne dans l'intervalle, entre la naissance de l'enfant & le mariage subséquent ou non.

(*a*) *Inst. Justin. l.* 1. *tit.* 10. §. 13.

(*b*) Inst. au Droit franç. l. 1. ch. 10. Regle du Droit franç. l. 1. regle 75. & 76.

307. Le second, en ce que les époux ne faisant plus qu'un seul tout, dont il est dit dans l'Ecriture sainte, que ce sont deux dans une seule chair (*c*), & le mari étant le chef de ce tout, c'est une suite qu'il ait l'entiere & absolue direction de la personne (*d*), de la conduite & des actions de sa femme, qui ont rapport au mariage.

(*c*) Genese, ch. 2. v. 24.

(*d*) Domat, des Loix civiles, traité des Loix, ch. 3. n. 2.

De-là nos loix ont pris occasion d'établir que la femme ne peut rien faire sans l'autorité de celui à qui

elle est soumise (*a*), & que le mari auroit la jouissance & l'administration des biens de sa femme, à condition de soutenir les charges du mariage (*b*), soit qu'il y eût ou non entr'eux communauté (*c*).

308. Ainsi : 1°. Toutes les conventions & les dispositions entre-vifs, que peut faire une femme mariée, soit en s'obligeant soi-même, soit en stipulant & acceptant (*d*) sont nulles, si elles ne sont revêtues de l'autorisation de son mari donnée en termes exprès (*e*), soit dans l'acte même, soit par une procuration antérieure générale ou spéciale (*f*), ou revêtues de l'autorisation de la Justice, accordée en connoissance de cause au refus de celle du mari *g*); de-là il suit que l'autorisation & la ratification subséquente du mari n'a point d'effet rétroactif (*h*), l'acte en ce cas ne vaut que du jour de la ratification, & ne vaut même qu'au cas qu'elle soit faite du vivant de tous ceux qui avoient contracté, & par là qu'elle se puisse joindre à leur volonté, qui est censée continuer toujours.

Que si un mari mineur, après

(*a*) Paris, art. 234. Orl. 196.

(*b*) Domat, des Loix civiles, l. 1. ch. 9. §. 1.

(*c*) Regle du Droit franç. l. 1. tit. 2. regle 13.

(*d*) Ord. de 1731. art. 9.

(*e*) Lebrun, de la com. l. 2. ch. 1. §. 4. n. 3. Institut. au Droit françois, l. 3. ch. 19.

(*f*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 32. 33. & 34.

(*g*) Paris, art. 224. Orl. 201.

(*h*) Lebrun, de la com. l. 2. ch. 1. §. 5. n. 9.

avoir autorisé sa femme majeure, se faisoit relever de son autorisation (*a*), la nullité de l'autorisation emporteroit alors la nullité de l'obligation contractée par la femme.

(*a*) Arrêt du 22. Juin 1673. au J. du Palais.

309. L'effet de cette nullité est que les contrats passés sans autorisation ne donnent ni action, ni exception en Justice, soit contre le mari (*b*), soit contre la femme, après le décès même de son mari, soit contre les héritiers de la femme, si elle n'a ratifié après être devenue libre, ou expressément en subissant une nouvelle obligation, ou tacitement (*c*) en exécutant celle qui avoit été passée pendant le mariage; ceux même qui ont contracté avec la femme non-autorisée n'ayant pu être légitimement obligés, faute d'une acceptation valable de sa part (*d*), ont aussi droit d'opposer la nullité de leur obligation, à moins qu'elle n'ait été acceptée de nouveau par la femme, depuis la mort de son mari & du vivant de celui qui s'étoit obligé envers elle.

(*b*) Paris, 223. Lalande, sur Orl. 194.

(*c*) Lebrun, de la com. l. 2. ch. 1. §. 5. n. 10.

(*d*) Ord. des donat. art. 9.

310. Il y a néanmoins quelques cas dans lesquels la femme peut

contracter valablement ſans autoriſation. Telles ſont les conventions faites : 1°. Par la femme ſéparée de biens (*a*), touchant l'adminiſtration de ſes biens, la perception de ſes revenus, & ſon entretien (*b*).

2°. Par la femme Marchande publique (*c*), c'eſt-à-dire qui fait ſeule ſéparément & publiquement un commerce dont ſon mari ne ſe mêle point, touchant les choſes qui concernent ce trafic.

3°. Par celle dont le mari eſt mort civilement, & a perdu par-là la puiſſance civile qu'il avoit ſur ſa femme (*d*).

4°. Les conventions qui ont tourné au profit de la femme *quatenùs locupletior facta eſt* (*e*).

5°. Lorſqu'elle s'eſt obligée pour tirer ſon pere ou ſon mari de priſon (*f*).

6°. Lorſqu'elle a dotée modérément ſa fille (*g*) : mais cette obligation, ſi le mari n'y conſent, ne peut être exécutée tant qu'il vit & jouit de la communauté.

7°. Enfin, lorſqu'elle contracte avec ſon mari dans les cas où la loi lui permet de le faire, comme dans le don mutuel ; le mari dans

ce

(*a*) Paris, art. 224. Orl. 196.

(*b*) Regle du Droit franç. l. 1. tit. 1. art. 19.

(*c*) Paris, art. 234. Orl. 196.

(*d*) Lebrun, de la com. l. 2. ch. 1. §. 2. n. 12.

(*e*) Ricard, ſur Paris, art. 225.

(*f*) Ord. de la Marine, art. 12. & 14. titre des afferv.

(*g*) Lalande, ſur Orl. art. 196. & obſerv. ſur icelui.

ce cas ne pouvant être *auctor in rem suam* (*a*).

311. 2°. Le mari doit avoir la jouissance de tous les biens de sa femme (*b*), tant de ceux qu'elle avoit avant le mariage que de ceux qui lui échéent depuis à quelque titre que ce soit, si ce n'est que le donateur les eût donnés, sous la condition expresse qu'ils ne deviendroient point dotaux, & ne tomberoient point au pouvoir du mari (*c*).

Il a donc droit de s'approprier tous les fruits & revenus (*d*), ce qui s'entend non-seulement des fruits & revenus ordinaires, mais encore des obventions casuelles & extraordinaires (*e*); ainsi les aubaines, deshérences, bâtardises, amendes & confiscations lui appartiennent, comme de véritables fruits de la Haute-Justice, dont sa femme est propriétaire; il confere les Offices qui en dépendent; il présente aux Bénéfices dont sa femme a le patronage, *nam collatio & præsentatio sunt in fructu* (*f*).

Il a droit d'avoir les quints, rachats & chevaux de service, & autres profits de la mouvance féoda-

(*a*) Ricard, du don mutuel, n. 47. & suiv.

(*b*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 31.

(*c*) Lebrun, de la com. l. 2. ch. 2. §. 4. n. 8.

(*d*) Domat, des Loix civil. l. 1. tit. 9. §. 1. n. 8. & 9.

(*e*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4.

(*f*) Molin, sur la Cout. de Paris, §. 37. gloss. 10. n. 3.

le de sa femme, & d'exercer le retrait féodal, qui est un véritable fruit de la mouvance (*a*).

Il a même quelque chose de plus que cette qualité, qui lui donne le pouvoir de jouir & d'administrer; il a une espece de propriété imparfaite en qualité de mari, puisqu'il jouit des droits honorifiques à ce titre; qu'il porte la foi & hommage des fiefs de sa femme (*b*); qu'il saisit féodalement (*c*), & que c'est à lui que les Vassaux de sa femme doivent porter la foi (*d*).

Mais l'héritage confisqué par la commise sur le Vassal de la femme, ne lui appartiendra point; car la commise n'est point un fruit, mais une peine, & elle opere une consolidation de la Seigneurie utile du fief confisqué avec la Seigneurie directe, qui réside dans la personne seule de sa femme (*e*).

312. Quoique le mari ait le droit de jouissance le plus étendu sur les biens de sa femme, il ne peut néanmoins vendre ce droit, & ses créanciers ne pourroient le faire décréter, parce qu'il appartient au mari uniquement comme mari (*f*), & seulement tant que le mariage dure

(*a*) Molin, §. 13. gloss. 1. n. 47. Lalande, sur Orl. art. 49. & observ. sur icelui.

(*b*) Paris, art. 36. Lalande, sur Orl. art. 36. & 37.

(*a*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4. n. 13.

(*d*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 51.

(*c*) Molin, sur la Coutume de Paris, §. 30. n. 124. & 187.

(*f*) Domat, des loix civil. l. 1. tit. 9. art. 3.

& pour en soutenir les charges.

313. Si le mari a la jouissance, il n'a point le pouvoir d'un maître; ainsi il ne peut aliéner, vendre, échanger, charger, obliger, ni hypothéquer les héritages propres de sa femme sans son consentement (*a*).

S'il en avoit donc vendu quelqu'un, la femme seroit en droit de le revendiquer sur le détenteur qui ne pourroit se défendre d'aucune prescription, pendant tout le tems que le mariage auroit duré (*b*); car la femme est censée n'avoir pû agir durant tout ce tems, à cause de la dépendance où elle est de son mari.

Lorsqu'elle ne revendique qu'après la dissolution du mariage, elle ne peut le faire que pour moitié, si elle ne renonce à la communauté, ou du moins qu'elle n'abandonne tous les biens qu'elle en a eu; autrement elle seroit tenue pour moitié de la garantie (*c*), qui est une dette de la communauté: or cette dette consiste dans l'obligation de faire jouir l'acquéreur, & il est clair qu'elle ne peut évincer celui qu'elle est obligée de faire jouir (*d*).

(*a*) Paris, art. 226.

(*b*) Lebrun, de la com. l. 3. ch. 2. §. 1. dist. n. 12. Renoviere, *ibid.* part. 2. ch. 7. n. 12. & 13.

(*c*) *Leg.* 149. *D. de reg. Jur.*

(*d*) *Toto titulo D. de except. rei vendit. & trad.* Voyez l'art. 31. tit. 2. de l'Ord. des substit.

C'est ainsi que quoiqu'il soit interdit au tuteur d'aliéner les héritages de son mineur, comme au mari ceux de sa femme, le mineur lorsqu'il devient héritier de son tuteur, ne peut plus revendiquer son héritage vendu par son tuteur, quoiqu'il n'en ait point perdu la propriété.

Si la femme étoit détenteresse de conquêts obligés au total de l'éviction, elle pourroit être excluse de son action de revendication, quand même elle renonceroit à la communauté, si mieux elle n'aimoit délaisser ces conquêts.

314. Les aliénations nécessaires peuvent être regardées comme des actes d'administration; elles sont néanmoins interdites au mari, quoiqu'il soit administrateur (*a*), parce que sa femme a intérêt d'y veiller & d'examiner si effectivement, elle ne peut pas empêcher ces aliénations: c'est sur ce fondement que la Coutume de Paris (*b*) décide que le mari ne peut seul provoquer ni défendre à la licitation des propres de sa femme.

En général, il ne peut intenter sans sa femme les actions immobi-

(*a*) Comment. sur Paris, art. 226. & 2€3. Rennovier. part. 1. c. 8.

(*b*) Art. 226.

liaires, qui concernent la propriété de ses biens (*a*), & l'on ne peut les intenter contre lui seul, mais il faut assigner le mari & la femme.

315. Il en est autrement des actions mobiliaires & possessoires (*b*); celles-ci concernent la jouissance qui appartient au mari, celles-là n'ont pour objet que les biens mobiliaires; or le mari ayant droit de jouir des meubles aussi bien que des immeubles de sa femme, c'est une suite qu'il acquiert la propriété des premiers sauf d'en rendre le prix après la dissolution du mariage: en effet, il ne pourroit pas en jouir pleinement & librement s'il n'en devenoit propriétaire; cela est sans difficulté à l'égard de l'argent, des Marchandises, & de toutes les choses qui se consument par l'usage (*c*): il paroît qu'on l'a étendu à toute sorte de mobilier, au moins en pays coutumier.

316. De ce que le mari ne peut poursuivre seul les actions immobiliaires de sa femme, il s'ensuit qu'il ne peut être seul Partie au decret des propres de sa femme (*d*), ni transiger seul sur la propriété de ses immeubles (*e*); ni revendiquer

(*a*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 30.

(*b*) Paris. art. 233. Orl. 194.

(*c*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4. n. 38. & 39.

(*d*) Rennuss. de la com. part. 1. ch. 8. n. 9.

(*e*) Arrêtés de Lamoig. titre de la commun. art. 58.

seul un propre de sa femme (*a*), ou défendre à une demande en revendication, ou à une action hypothécaire qu'on auroit contre elle (*b*) : de même les actions, pour raison des mouvances ou des servitudes (*c*), qui ont lieu du chef de la femme, ne peuvent être intentés ni par le mari seul, ni contre lui seul. Il en est de même d'une action de retrait lignager du chef de sa femme (*d*).

Il ne peut aussi accepter ni renoncer seul (*e*) aux successions échues à sa femme, à moins qu'elles ne fussent communes par le contrat de mariage, ni déguerpir (*f*) ou délaisser par hypotheque le propre de sa femme, ni commettre son fief par son désaveu (*g*) ou sa félonie ; car tout cela passe les bornes de l'administration.

Mais c'est un pur acte d'administration, que de recevoir le remboursement des rentes dûes à sa femme, & qui sont toujours & nécessairement rachetables (*h*) ; d'ailleurs, ce remboursement se résout en deniers : or le mari est en droit de toucher les deniers qui viennent du chef de sa femme & d'en dispo-

(*a*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4. n. 19.

(*b*) Brod. sur Louet, let. M. n. 1.

(*c*) Rennov. partie 1. ch. 8. n. 2.

(*d*) Darg. sur Breton. art. 418. gloss. 2. n. 8.

(*e*) Louet, let. M. somm. 25.

(*f*) Lebr. l. 2. ch. 2. §. 4. n. 23.

(*g*) Molin, sur la Cout. de Paris, §. 43. gloss. 1. n. 83.

(*h*) Laland. sur Orl. art. 195.

ser (*a*), sauf d'en tenir compte après le mariage ou la séparation.

317. Enfin, le mari peut & doit faire toutes les autres choses qui ne sont que d'administration (*b*); il peut donc faire des baux (*c*) des héritages de sa femme, & comme il les a faits en qualité, non-seulement d'usufruitier, mais d'administrateur, sa femme est obligée de les entretenir après la dissolution du mariage, pourvu qu'ils n'excedent pas le tems de neuf ans (*d*), & qu'ils soient faits sans fraude.

Le mari doit aussi veiller aux affaires & aux intérêts de sa femme (*e*), interrompre le cours des prescriptions (*f*), avoir soin de faire passer les déclarations d'hypotheque, faire insinuer les donations faites à sa femme, faire faire les réparations nécessaires (*g*) : en un mot, gouverner les biens en bon pere de famille. Il répond de ses fautes & de sa négligence (*h*), il ne doit pas une vaine représentation de défenses & d'administration, son ministere doit être sérieux & sincere, & il n'en seroit pas quitte en faisant autoriser sa femme par Justice pour la poursuite de ses droits (*i*),

(*a*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4. n. 16.

(*b*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 31.

(*c*) Paris, art. 227.

(*d*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4 n. 30.

(*e*) Domat, des loix civiles, l. 1. tit. 9. §. 3. n. 2.

(*f*) Lebr. l. 2. ch. 2. §. 4. n. 33. & 34.

(*h*) *Leg.* 4. *D. de imp. in rei dot. fact.*

(*h*) *Leg.* 18. §. 1. *& leg.* 7. §. 6. *D. sol. matr.*

(*i*) Lebrun, l. 2. ch. 2. §. 4. n. 34.

La communauté & le douaire ; ſont encore des effets civils du mariage en pays coutumier : mais tous ces effets peuvent être diverſement modifiés, ou même exclus par les ſtipulations particulieres des Parties dans le contrat de mariage.

TITRE TROISIEME.

Du contrat de mariage.

318. LE contrat de mariage eſt ſuſceptible de toutes ſortes de conventions (*a*), pourvu qu'elles ne ſoient pas contraires à l'honnêteté naturelle, aux bonnes mœurs (*b*) & au droit public.

Les conventions même & les diſpoſitions que l'ordre des loix civiles ne permettoit pas dans les autres actes, ſont permiſes dans le contrat de mariage (*c*), & cette liberté, outre la faveur du mariage, eſt fondée ſur ce que le mariage ne pouvant ſe rétracter, il n'eſt pas juſte auſſi qu'on rétracte les conditions ſans leſquelles il n'auroit pas été fait (*d*).

On y peut donc ſtipuler que la femme

(*a*) Orl. art. 202.

(*b*) Lebrun, l. 1. ch. 3. n. 3. & 4.

(*c*) Rennov. part. ch. 4. n. 3.

(*d*) Louet, & Brodeau, let. M. ch. 6.

femme n'aura point de douaire ; ou qu'il n'y aura point de communauté (*a*) : mais dans ce cas, le mari aura toujours la jouissance & l'administration des biens propres de sa femme (*b*), à moins qu'il n'ait été convenu de plus, que la femme en jouira séparément & en aura l'administration (*c*).

319. Mais la femme n'y pourroit pas stipuler qu'elle pourra aliéner ses propres, sans l'autorisation de son mari (*d*) ; cette clause étant contraire à la dépendance où la femme doit être de son mari, seroit regardée comme contraire à la bienséance & à l'ordre public, & par-là aux bonnes mœurs.

Les autorisations générales stipulées par le contrat de mariage, sont donc nulles (*e*) ; le mari ne peut, sans se dégrader, renoncer à la supériorité que la nature, la raison & la loi ont donné à son sexe dans le mariage.

320. Le contrat de mariage doit être passé pardevant Notaire ; car il doit avoir une date certaine & authentique, & il doit être fait avant la célébration du mariage (*f*), sinon la coutume auroit contracté

(*a*) Lebrun, n. 3. Renn. n. 2.

(*b*) Argou, instit. au Droit franç l. 3. ch. 4.

(*c*) Loiseau, du déguer. l. 2. ch. 4.

(*d*) Lebrun, l. 2. ch. 1. §. 4. n. 3.

(*e*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 34.

(*f*) Orl. art. 202.

pour les parties, & elles seroient censées s'être soumises à sa disposition (*a*).

(*a*) Xaintonge, art. 2. Lebrun, l. 2. ch. 2. n. 26. Rennov. part. 1. ch. 3. n. 2.

Le contrat que les conjoints font en se mariant, ou celui que la loi municipale fait pour eux, devient après la célébration une loi entre les deux familles (*b*), qui regle impérieusement toutes les suites du mariage & s'étend dans toute sa durée, quelque changement de domicile, que puisse faire les conjoints, & quelques conventions qu'ils fassent depuis leur mariage (*c*) : si ces changemens étoient permis, ils troubleroient la paix des mariages, le repos des familles qui prennent leur assurance sur les contrats de mariage, & ouvriroient la porte aux avantages indirects, si contraires à la conservation des biens dans les familles.

(*b*) Lalade, sur Orl. art. 223. Ricard, des donat. l. 1. ch. 3. §. 6.

(*c*) Regle du Droit franç. L. 4. ch. 1. n. 2. 3. & 4.

321. Les conventions même antérieures au mariage ne méritent aucune attention lorsqu'elles doivent être regardées comme des contre-lettres de l'acte public, qui en auroit été dressé en présence de la famille (*d*); elles doivent être regardées comme telles lorsqu'elles sont passées hors de la présence &

(*d*) Paris, art. 258. Orl. 223. Louet & Brod. lett. C. ch. 28.

sans le consentement des parens qui ont assisté au contrat de mariage (*a*).

Ces contre-lettres sont nulles, non-seulement à l'égard du conjoint qui a intérêt qu'elles le soient : mais même à l'égard de ceux qui les ont signées (*b*).

Les actes qui ne sont qu'exécutifs ou explicatifs des clauses du contrat de mariage, & qui n'en alterent point la substance & la disposition, ne peuvent être regardés comme des contre-lettres (*c*).

Le contrat de mariage en pays de droit écrit, contient presque toujours la constitution d'une dot, & en pays coutumier d'une communauté & d'un douaire.

(*a*) Argou, institut. au Droit franç. l. 3. ch. 3.

(*b*) Regle du Droit franç. art. 6.

(*c*) Lalande sur Orl. art. 223.

TITRE QUATRIEME.

De la dot.

322. LA dot est ce que la femme ou un autre pour elle donne au mari, pour soutenir les charges du mariage (*d*). La femme peut se constituer en dot, non-seulement ses biens présens, en tout

(*d*) Domat, des Loix civiles, l. 1. tit. 9. §. 1. n. 1. & 2.

ou en partie, mais encore ses biens à venir (a).

Lorsqu'il n'y a point de contrat de mariage qui fixe la dot, l'usage dans les pays de droit écrit, qui sont du Ressort du Parlement de Paris, est de réputer dotaux tous les biens qu'a la femme lors de son mariage (b).; dans les autres Parlemens du droit écrit, il n'y auroit point de dot (c), le mari seroit censé s'être obligé d'acquitter seul les charges du mariage.

323. Le mari est le maître de la dot (d), pour ce qui est de l'administration, c'est à lui d'intenter toutes les actions qui en sont partie (e) & de défendre à toutes celles qui en seroient une suite: mais il ne peut l'aliéner ni l'hypothéquer du consentement même de sa femme (f), si ce n'est dans le Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois, où suivant la Déclaration de 1664, les femmes peuvent aliéner & hypothéquer leurs biens dotaux, avec l'autorisation de leurs maris.

324. Suivant les loix Romaines, celui qui avoit promis une dot à une femme, n'étoit tenu au payement des fruits ou des intérêts que deux

(a) Domat, art. 7.

(b) Argou, Institut. au Droit franç. l. 3. ch. 8. p. 94.

(c) Bartonneau, quest. 7. l. 1. ch. de dot.

(d) *Leg. 75. D. de Jur. dot.*

(e) Domat, art. 3.

(f) *Leg. 1. §. 15. Cod. de rei uxor. act.*

ans après le mariage (*a*) ; dans nos mœurs il les doit dès le jour de sa célébration (*b*), quoiqu'il n'y ait point de demande.

C'étoit une erreur assez commune, que lorsque la dot n'avoit pas été payée dans les dix ans l'action en étoit prescrite, & que le mari n'en pouvoit plus former la demande (*c*), ou du moins qu'il devoit être censé l'avoir reçue vis-à-vis de sa femme, & lorsqu'il s'agiroit de ses intérêts : mais pourquoi cette action ne dureroit-elle pas trente ans comme les autres (*d*).

Le mari ne peut donc être responsable de la dot envers sa femme, que lorsqu'il n'a pas fait les diligences nécessaires dans les dix ans pour s'en faire payer (*e*).

325. Il est tenu en effet d'avoir l'attention d'un bon pere de famille pour les biens dotaux de sa femme (*f*), & si quelques droits sont prescrits ou même diminués par sa faute, il en est garant (*g*).

Si le mari dissipoit ses biens & étoit prêt de tomber dans l'indigence, la femme peut demander la séparation de biens (*h*), c'est-à-dire la restitution de sa dot : mais

(*a*) *Leg.* 31. §. 2. *Cod. de Jur. dot.*

(*b*) Argou, institut. au Droit franç. p. 76.

(*c*) Inst. au Droit franç. p. 81. & suiv.

(*d*) Lebrun, de la com. l. 3. ch. 2. §. 3. n. 43. addit. sur les Arrêts de Bardet, l. 9. ch. 2.

(*e*) Catelan, t. 2. l. 4. ch. 46.

(*f*) *Leg.* 17. *D. de Jur. dot.*

(*g*) Domat, des loix civiles, l. 1. tit. 9. §. 3. art. 2. & suiv.

(*h*) Domat, §. 5.

les fruits en doivent être employés suivant leur destination à l'entretien de sa famille (a).

Les conjoints peuvent faire pendant le mariage (b) toutes les conventions qu'ils jugent à propos sur la dot : mais si elles dégénerent en donations, elles n'auront lieu que lorsqu'elles auront été confirmées par la mort (c).

326. Le mari dans le cas de séparation, ou après la dissolution du mariage doit restituer la dot (d), à la réserve de la portion qu'il en gagne lorsqu'il survit, & qu'il a été ainsi stipulé (e).

Les biens dotaux consistent ou en argent, ou en meubles, ou en immeubles (f).

S'ils consistent en argent, le mari a un an pour payer, pendant lequel il ne devra point d'intérêt (g) : ses héritiers ont le même délai, mais ils doivent nourrir & entretenir la veuve pendant ce tems, suivant sa condition.

Si ce sont des meubles, le mari n'est tenu de les rendre qu'en l'état qu'ils se trouvent (h) : mais il le doit dès l'instant de la dissolution du mariage, & la femme doit

(a) *Leg.* 29. *Cod. de Jur. dot.*

(b) Inst. au Droit franç p. 74.

(c) *Leg.* 9. §. 2. *& leg.* 10. *D. de donat. inter vir. & uxor.*

(d) Domat, §. 3. art. 7.

(e) Inst. au Droit Fr. p. 76. Domat, §. 1. art. 11.

(f) Inst. au Droit franç. p. 72.

(g) Henris, t. 2. l. 4. quest. 9.

(h) *Leg.* 1. *Cod. de rei uxor. act.*

porter la perte de ceux qui seront perdus ou diminués, sans qu'il y ait de la faute du mari (a).

(a) Leg. 10. D. de Jur. dot.

Il y a une exception à cette regle, qui est lorsqu'ils ont été estimés; car alors le prix est censé avoir formé la dot de la femme (b), & il faut la regarder comme une dot en argent.

(b) Domat, §. 1. n. 4. 5. & 6.

Quant aux immeubles, la femme doit les reprendre dans le même tems (c), & il est juste que le mari l'indemnise des pertes qu'il y auroit causées à sa femme par sa mauvaise administration (d).

(c) Inst. au Droit Fr. p. 79.

(d) Leg. 66. D. sol. mat.

S'il les a augmentés, la femme en profitera en lui tenant compte des dépenses qu'il aura faites (e); il faut cependant excepter celles qui étoient à sa charge.

(e) Domat, §. 1. art. 9.

Le mari en effet est tenu de toutes les réparations viageres & d'entretennement (f); de sorte que non-seulement il n'en peut rien répéter, il y auroit même action contre lui, s'il avoit négligé de les faire.

(f) Domat, §. 3. art. 14.

Mais il ne peut être tenu des réparations qui doivent concerner le propriétaire (g) & cette dépense comme nécessaire diminue de plein droit la dot (h); il en sera de mê-

(g) Inst. au Droit Fr. p. 84.

(h) Domat, art. 13.

me de toutes les autres de même nature.

Si ce sont des améliorations qu'il ait faites, la femme sera obligée de l'indemniser (a) non de la dépense qu'il a faite, mais de ce dont elle profite, c'est-à-dire de ce dont l'héritage est augmenté (b).

Les loix ne permettent pas de stipuler (c), même par contrat de mariage, de plus longs délais pour la restitution de la dot, à moins que ce ne fût une condition de la libéralité qui seroit faite à la femme (d).

327. En pays de droit écrit, le mari n'est tenu de la restitution de la dot, qu'autant qu'il la peut faire, sans se réduire à la nécessité (e).

Le pere qui a promis la dot jouit du même privilége (f), qui ne passe point aux héritiers de l'un & de l'autre.

La femme y a une hypotheque du jour de son contrat de mariage sur les immeubles de son mari pour la restitution de sa dot, & un privilége sur les meubles (g); les loix Romaines lui (h) en avoient accordé un même sur les immeubles: mais sa disposition n'est plus suivie

(a) Domat, art. 16. & 17.

(b) *Leg. 5. §. 3. D. de impt. in rei dot. fact.*

(c) *Leg. 14. & seq. D. de pact. dot.*

(d) Inst. au Droit Fr. p. 75.

(e) *Inst. Iustin. l. 4. tit. 6. §. 37.*

(f) *Leg. 54. D. sol. matr.*

(g) Henris, t. 2. l. 4. quest. 44.

(h) *Leg. ult. Cod. qui potior.*

que dans le Parlement de Toulouse, encore faut-il que la quittance de dot, porte numération de deniers (*a*), le privilége ne s'y étend point aussi aux héritiers collâtéraux de la femme ; & les créanciers du mari peuvent l'empêcher en faisant signifier leurs titres à la femme avant le mariage.

(*a*) Inst. au Droit Fr. p. 87.

328. Les biens qui ne sont pas partie de la dot s'appellent parafernaux, la femme en a non-seulement l'administration, mais encore la pleine & entiere disposition (*b*) : cependant dans les pays de Lyonnois, Forez, Beaujolois & Mâconnois, les femmes suivant la Déclaration de 1664, ne peuvent vendre ni hypothéquer leurs biens même parafernaux sans l'autorisation de leur mari.

(*b*) Domat, §. 4.

Elles ne peuvent même, sans cette autorisation, contracter d'obligation valable, d'où il résulte qu'elles ont une action de remploi contre leur mari, en cas d'aliénation de leurs biens propres, & une indemnité pour les dettes auxquelles elles se seroient obligées : mais la Jurisprudence du Parlement de Paris semble ne leur donner l'hypo-

theque pour ces deux actions, que du jour des aliénations ou obligations; & non du jour du mariage, sur tout lorsque l'hypotheque n'a pas été stipulée par le contrat [*].

Dans les autres pays de droit écrit, la femme peut vendre & aliéner ses biens parafernaux (a), sans l'autorisation de son mari, aussi l'action de remploi n'a-t-elle point lieu contre lui; la femme peut cependant lui confier l'administration de ses biens parafernaux (b): mais il lui en est comptable, & elle peut la lui ôter quand elle jugera à propos.

(a) Domat, §. 4. ch. 2. Institut. au Droit Fr. p. 91. & suiv.

(b) *Leg. ult Cod. de posth. com.*

Il faut observer que si les biens parafernaux de la femme consistent en meubles, elle doit avoir soin de les constater (c) par un acte émané de son mari; car tout ce qui est en la Maison du mari est présumé lui appartenir (d), s'il n'y a preuve au contraire.

(c) Inst. au Droit Fr. p. 90.

(d) Domat, art. 7.

[*] Arrêt du 9. Avril 1702. rapporté t. 2. du Praticien françois. Autre du 26. Juillet 1740. entre la veuve Boire & les héritiers Vieuse, pour le Lyonnois.



TITRE CINQUIEME.

De la communauté de biens entre le mari & la femme.

329. LA communauté est une société de biens que deux personnes qui se marient ensemble contractent (*a*), ou sont censées par la présomption de la loi contracter à l'*instar* de la société de vie qui fait l'essence du mariage.

(*a*) Argou, Institut. au Droit Fr. l. 3. ch. 4.

Pour connoître les actions auxquelles la communauté donne lieu, il faut voir comment elle se forme, se régit, se dissout, & se partage.

De la définition naissent quatre regles fondamentales sur la matiere de la communauté.

Premiere Regle.

La communauté qui a lieu en vertu de la loi municipale dans la plus grande partie des pays coutumiers, entre les personnes qui se marient, quand même elles ne s'en seroient pas expliquées, est toujours une société conventionnelle (*b*), parce que les Parties sont

(*b*) Lebrun, de la com. l. 1. ch. 2. n. 26. Ren. eod. part. 1. ch. 3. n. 2.

convenues au moins virtuellement de tout ce qui est d'usage de convenir en pareil cas suivant la maxime de droit qui porte que *tacitè veniunt in contractibus ea quæ sunt moris & consuetudinis* (a) : ainsi dans ce cas là même, la communauté ayant lieu en vertu d'un consentement présumé des Parties (b), plutôt que par la force immédiate, principale & directe de la loi, il s'ensuit qu'elle ne doit point être bornée aux biens qui seroient acquis dans le territoire sujet à cette loi (c).

(a) Leg. 31. §. 20. D. de ædil. edict.

(b) Xaintonge, art. 2.

(c) Louet Brod. let. ch. 16.

Seconde Regle.

La communauté dépendant absolument de la convention des Parties, elles peuvent ou l'exclurre (d), ou l'étendre, ou la resserrer à leur gré, suivant qu'elles en conviennent, pourvu que ce soit avant la célébration du mariage. (e).

(d) Lebrun, ch. 3. n. 1. & suiv. Ricar. sur Paris, art. 200.

(e) Orl. art. 220. & Lalande, sur icelui.

Troisieme Regle.

Dans la société conjugale la volonté du mari, par la supériorité que lui donne son sexe, devant l'emporter sur celle de sa femme, il s'ensuit qu'il est aussi le chef & le maî-

tre de la communauté (*a*), & qu'il peut diſpoſer des biens qui la compoſent, de même que s'il en étoit Seigneur ſeul & propriétaire (*b*).

Quatrieme Regle.

Lorſque les conjoints ne ſe ſont point expliqués ſur ce qui composeroit la communauté, ils ſont cenſés l'avoir compoſée : 1°. De toutes les choſes qui ſont néceſſaires pour l'uſage de la vie commune entre eux, tels ſont les meubles (*c*), telle eſt encore la charge des dettes (*d*), 2°. De tout ce qu'ils peuvent acquérir de nouveau pendant le mariage (*e*), où ils ne ſont plus qu'un ſeul tout, pour lequel tous les profits & toutes les pertes doivent être communes.

(*a*) Regle du Droit franç. l. 4. ch. 1. art. 23.

(*b*) Paris, art. 225. Orl. 193.

(*c*) Paris, art. 220. Orl. 186.

(*d*) Paris, 221. Orl. 18.

(*e*) Regle du Droit, art. 12.

SECTION PREMIERE.

Comment ſe forme la communauté, & de quels biens elle eſt compoſée.

330. Comme nos ancêtres dont la vie étoit plus ſimple n'avoient guere d'autre mobilier, que celui qui eſt néceſſaire à l'uſage

de la vie, la quatrieme regle leur a donné lieu d'établir que tous les biens mobiliaires des conjoints, ſoit qu'ils les euſſent déjà lors du mariage, ſoit qu'ils leur ſoient avenus depuis, à quelque titre que ce ſoit, doivent tomber dans la communauté (*a*).

Quoique les rentes conſtituées, ſoit perpétuelles, ſoit même viageres, ſoient réputées immeubles, ſuivant le droit commun du Royaume (*b*), il y a encore quelques coutumes où elles ſont regardées comme mobiliaires (*c*), pour décider de leur nature vis-à-vis des conjoints; il faut ſuivre la coutume à laquelle eſt ſoumis le créancier, qui eſt celle de ſon domicile (*d*), puiſque la rente eſt un droit qui réſide dans la perſonne du créancier à qui elle eſt dûe.

Il faut en excepter les rentes dues par les Hôtels de Ville, le Clergé & autres, pour le payement deſquelles il y a un Bureau établi (*e*); elles ſont cenſées avoir leur ſituation au lieu du Bureau, & ſe régiſſent par la coutume de ce lieu.

331, 2°. Les fruits & revenus des biens propres des conjoints, étant deſtinés pour qu'ils en vivent, doi-

(*a*) Laland. ſur Orl. art. 186. Rennov. ch. 3. n. 2.

(*b*) Paris, art. 94. Orléans. art. 191.

(*c*) Reims, 78. Troyes, 66. Blois, 157.

(*d*) Laland. ſur Orl. art. 351.

(*e*) Loiſel, tit. des rentes, regle 3. Louet & Brod. lett. R. ch. 31.

vent tomber aussi dans leur communauté (*a*); d'ailleurs ils deviennent meubles à mesure qu'ils les perçoivent (*b*); d'où il suit : 1°. Que ceux mêmes qui sont échus devant le mariage tombent dans la communauté (*c*): mais que ceux qui ne se perçoivent que depuis la dissolution n'y tombent pas (*d*), sauf à la communauté à se faire rembourser par le conjoint, à qui ils appartiennent, des frais des labours & semences (*e*). 2°. Que les Fermes étant le prix des fruits appartiennent à la communauté, si les fruits ont été recueillis pendant qu'elle duroit (*f*), quoique le terme de payement ne soit échu que depuis la dissolution (*g*). 3°. Que les loyers des Maisons & les arrérages des rentes foncieres ou constituées échéant de jour à jour (*h*), se comptent aussi de jour à jour dans la communauté, & non pas seulement jusqu'au dernier terme de payement, qui a précédé la dissolution (*i*).

332. 3°. Les biens immeubles que les conjoints possédoient avant le mariage, ou sur lesquels ils ont quelque droit, n'étant nécessaires

(*a*) Orl. art. 207.

(*b*) Lebrun, des succes. l. 2. ch. 7. §. 1. n. 2.

(*c*) Renn. de la com. part. 1. ch. 3. n. 18.

(*d*) Renn. part. 2. ch. 4. n. 15.

(*e*) Paris, art. 231. Orl. 208.

(*f*) *Argument. Leg. 58. D. de usufr.*

(*g*) Orl. art. 207.

(*h*) Renn. n. 18. & suiv. Rec. de la Combe, fruits, §. 2. n. 5.

(*i*) Nouv. notes sur Orl. art. 207. n. 3.

pour l'ufage de la vie commune, qui eft la fuite du mariage, que par les revenus qu'ils produifent, il s'enfuit que les fonds ne doivent point tomber dans leur communauté (*a*).

Il n'en eft pas de même de ceux qu'ils acquierent pendant le mariage (*b*), où tous les profits deviénnent communs entr'eux, foit qu'ils les acquierrent à titre onéreux, ou à titre de donation ou de legs (*c*), pourvu néanmoins qu'ils ne les acquierent pas en vertu d'un droit antérieur au mariage (*d*); car alors il feroit vrai de dire qu'ils les avoient déjà virtuellement, & dans le principe avant leur mariage.

De-là naiffent les conféquences fuivantes.

333. 1°. Que les immeubles échus par fucceffion à l'un des conjoints, pendant le mariage, lui font propres (*e*); car la caufe de cette acquifition réfidoit déjà dans la perfonne du conjoint avant fon mariage : cette claufe eft le droit de fuccéder, & le droit de fuccéder a fon fondement & fa fource dans la parenté, qui eft antérieure au mariage.

Il en eft de même par conféquent des

(*a*) Renn. part. 1. ch. 3. n. 17.

(*b*) Paris, art. 220. Orl. 186.

(*c*) Paris, art. 246. Orl. 211.

(*d*) Lebrun, de la com. l. 1. ch. 5. §. 3. n. 1.

(*e*) Orl. art. 303.

des héritages donnés au conjoint, pendant le mariage, par quelqu'un de ses ascendans (*a*); car ces donations ne sont qu'une succession anticipée, si elles sont entre-vifs, & pour en tenir lieu (*b*), si elles sont à cause de mort & testamentaires.

(*a*) Paris, art. 278. Orl. 210.

(*b*) Lebrun, l. 1. ch. 5. dist. 3. n. 5.

Il y a plus, l'héritage donné par le pere, en payement même de la dot promise en argent & stipulée propre, est propre aussi, quoique donner en payement soit vendre, parce que l'héritage est censé avoir été donné plutôt en dot au lieu de l'argent promis, qu'en payement de cet argent; or le titre de dot étoit antérieur au mariage (*c*).

(*c*) Paris, art. 26. Arrêtés de Lamoign. titre de la commun. art. 12.

334. 3°. L'héritage reçu par l'un des conjoints en échange de son propre (*d*), étant subrogé à celui qu'il donne en contre-échange, est censé acquis au même titre, & il se revêtit de la même qualité de propre qu'avoit l'autre, suivant la regle *subrogatum sapit naturam subrogati* (*e*).

(*d*) Paris, art. 143. Orl. 385.

(*e*) *Leg.* 78. *D. de Jur. dot.*

Il en est de même de l'héritage acheté pendant le mariage, pour servir de remploi au prix d'un propre aliéné par l'un des conjoints (*f*),

(*f*) Bourbonnois, art. 239.

ou avec déclaration expresse que c'est pour tenir lieu d'emploi d'une somme de deniers, qu'on avoit stipulé par le contrat de mariage (*a*), devoir être employée en achat d'héritages; car cette acquisition a son fondement & sa cause dans cette stipulation antérieure au mariage, elle en est une suite.

(*a*) Argou, institut. au Droit Fr. l. 3. ch. 8.

Il faut pourtant encore, si ce sont les deniers de la femme qui sont employés, qu'elle accepte l'emploi (*b*), quoiqu'il ne soit pas nécessaire que cette acceptation se fasse (*c*) en même tems que l'acquisition.

(*b*) Lebrun, l. 3. ch. 2. §. 1. dist. 2. n. 65.

(*c*) Lebrun, n. 67.

5°. L'héritage dont l'un des conjoints étoit copropriétaire par indivis avant son mariage, & qu'il acquiert depuis en entier, par la licitation faite avec son copropriétaire, ou moyennant un retour en argent, lui est propre (*d*); car la licitation est partage (*e*), & le partage ayant un effet rétroactif, le titre de partage est censé le titre même par lequel il avoit originairement acquis en commun (*f*) & par indivis, & qui est en antérieur au mariage.

(*d*) Lebrun, l. 1. ch. 5. §. 2. dist. 3. n. 10.

(*e*) Lalande, sur Orl. art. 16.

(*f*) Inst. au Droit françois, l. 3. ch. 28.

Une vente de droits successifs, faite à un conjoint par son cohéri-

tier, ne fait donc point entrer dans la communauté, les immeubles qui en font partie (*a*) : car cette vente étant la voie que les Parties ont prises pour sortir de communauté, leur tient lieu de partage (*b*).

335. 6°. On doit regarder comme propre de communauté, l'héritage qui me seroit délivré durant le mariage en vertu d'un traité fait auparavant (*c*), ou qui m'auroit été légué par une personne décédée avant mon mariage : mais sous une condition échue seulement depuis, ou dont j'aurois accompli le tems de la prescription pendant le mariage (*d*), après avoir commencé de le posséder auparavant, ou celui que j'ai retiré pendant le mariage, en vertu d'une faculté de Réméré (*e*), que j'avois ou avant de me marier, ou par une succession qui m'étoit échue pendant le mariage. Dans tous ces cas, le titre d'acquisition est antérieur au mariage (*f*), quoique la propriété de l'héritage acquis, n'ait passé au conjoint que depuis son mariage.

336. 7°. Mais si le titre d'acquisition étoit lui-même depuis le mariage, l'héritage me sera conquêt,

(*a*) Dargentré, part. des nob. quest. 40.

(*b*) Nouv. notes sur Orl. art. 16. & supposit. aux notes sur les fiefs, princ. 11.

(*c*) Lebrun, l. 1. ch. 5. §. 3. n. 2.

(*d*) Lebrun, n. 15.

(*e*) Renn. part. 1. ch. 3. n. 52.

(*f*) Molin, sur la Cout. de Paris, §. 43. n. 201.

quoique j'eusse dès avant le mariage le droit de l'acquérir préférablement à tout autre, quand on voudroit le vendre. Ainsi l'héritage que j'acquiers, en vertu d'un droit de refus ou par retrait féodal, est conquêt; car le titre en vertu duquel j'ai le droit de refus, & qui est antérieur à mon mariage, n'est point mon titre d'acquisition, il me donne seulement le droit d'être préféré pour l'acheter à tout autre acquéreur, quand on voudra l'aliéner.

8°. Il n'en est pourtant pas de même de l'héritage retiré par retrait lignager, il est propre à celui des conjoints du chef duquel il a été retiré (*a*); car le retrait étant accordé par la loi à la famille en général & aux parens qui la composent, & par le motif de l'affection (*b*), qu'on suppose dans les parens pour les héritages de leur ligne, il a sa cause & son fondement dans les droits de famille qui sont antérieurs au mariage, autrement la loi n'obtiendroit pas le but qu'elle s'est proposée en accordant le retrait lignager, de conserver les biens dans les familles: mais si dans l'année de la dissolution de com-

(*a*) Orl. art. 382.

(*b*) Paris, art. 139.

munauté, le conjoint lignager ne récompensoit pas la communauté des deniers déboursés pour le retrait (a), l'héritage resteroit dans la communauté, & il y seroit partagé comme conquêt.

(a) Orl. art. 382. & Lalande, sur icelui.

337. 9°. Le don & remise que le créancier d'une rente en fait au conjoint son débiteur, n'entre point dans la communauté (b); car cette acquisition a son fondement dans la qualité de débiteur que le conjoint avoit antérieurement au mariage, & elle se termine nécessairement en sa personne, dans laquelle la dette s'éteint (c) par une suite nécessaire de la nature des choses, puisqu'il est impossible *per rerum naturam*, qu'un autre que le débiteur soit libéré.

(b) Auzan. sur Paris, art. 282.

(c) Renn. part. 1. ch. 3. n. 44. & 45.

338. 10°. Lorsque l'un des conjoints devient pendant le mariage propriétaire de quelque héritage, plutôt par le résiliment de l'aliénation que lui ou ses auteurs en avoient faite, que par une nouvelle acquisition qu'il en fasse, l'héritage est propre de communauté à ce conjoint.

Cela a lieu non-seulement lorsque le titre d'aliénation en vertu

naturelle & physique, ne doit point être étendu à l'union civile (*a*), ni à celle de simple destination : ainsi si j'acquiers durant dans mon mariage un héritage dans ma mouvance censuelle, il sera conquêt (*b*), car il n'est réuni à mon fief que quant à la tenure.

(*a*) Lebrun, n. 8.

(*b*) Lalande, sur Orl. art. 186.

Il en est de même des terres que j'acquiers durant mon mariage, & que je joins à ma métairie propre, en les donnant à bail conjointement avec les anciennes terres ; car ce n'est que la destination de ma volonté qui les unit à ma métairie ; en soi elles composent un être séparé, & par conséquent sont susceptibles d'une qualité différente.

340. Lorsqu'on ignore si un héritage a été acquis durant ou depuis le mariage, il passe pour avoir été acquis depuis, & par conséquent pour conquêt (*c*).

341. Il en est des dettes comme des biens, toutes celles que les conjoints contractent pendant le mariage deviennent donc communes (*d*), ainsi que les biens qu'ils acquierent durant ce tems ; à l'égard de celles qu'ils doivent avant le mariage, c'est la suite de la quatrieme

(*c*) Renn. des propr. ch. 2. §. 4. & 13. Lebr. des succes. l. 2. ch. 1. n. 1.

(*d*) Orl. art. 186.

trieme des regles fondamentales, qu'elles ne tombent dans leur communauté, qu'autant que ces dettes venant à écheoir pendant le mariage, ils se trouvent forcés de les acquiter : or il est naturel qu'ils les acquitent d'abord sur l'argent & les meubles qui sont tombés dans leur communauté, & ensuite sur les profits qu'ils y ont faits par les immeubles qui y sont entrés.

De ce principe, il suit que la communauté est composée en premier lieu de toutes les dettes mobiliaires que doivent l'un ou l'autre des conjoints lors du mariage (*a*), pourvu néanmoins qu'elles soient échues, ou du moins que le terme en échée ensuite pendant le mariage; s'il n'échéoit qu'après sa dissolution, la communauté, qui ne subsiste plus, n'en pourroit plus être tenue.

(*a*) Lebr. l. 2. ch. 3. §. 3. n. 1. Rennusson, part. 1. ch. 10. n. 4.

On appelle dettes mobiliaires, toutes celles qui ont une chose mobiliaire pour objet (*b*), ainsi une somme d'argent que doit l'un des conjoints est une dette mobiliaire, les rentes (*c*), soit perpétuelles, soit viageres, sont au contraire réputées dettes immobiliaires, & en conséquence celles qui

(*b*) Renn. n. 5.

(*c*) Paris, art. 94. Orl. art. 191.

sont dûes lors du mariage par l'un où l'autre des conjoints, ne tombent point en communauté (*a*), si ce n'est pour les arrérages qui en étoient échus (*b*), & pour tous ceux qui écheoiront pendant tout le cours de la communauté, ainsi qu'on l'a établi pour l'actif de ces rentes.

(a) Orl. art. 190.

(b) Renn. a. 17.

La Jurisprudence des Arrêts a excepté certaines dettes mobiliaires de la regle générale, qui les fait tomber en communauté; ce sont celles qui sont dûes pour le prix de quelque immeuble, que l'un des conjoints possédoit lors du mariage (*c*): on a trouvé qu'il ne seroit pas équitable que le conjoint fît payer à la communauté le prix d'un immeuble qu'il n'y fait point entrer.

(c) Regle du Droit Fr. liv. 4. article 22. Louet, let. A. n. 3.

342. Les dettes passives qui entrent en communauté, sont en second lieu toutes celles que le mari (*d*) contracte durant le mariage, soit que ce soient des dettes mobiliaires ou des rentes, & quelle que soit la cause pour laquelle il les contracte, soit qu'elles procedent d'un contrat qui concerne l'administration (*e*) des biens de la communauté, ou de quelque cautionne-

(d) Lebrun, l. 1. ch. 2. S. 1. Renn. part. 1. ch. 6.

(e) Renn. a. 3.

ment qu'il ait fait pour quelqu'un (*a*), ou de quelque libéralité qu'il ait faite à une personne non prohibée (*b*) : il y a plus, les dettes qui procedent des délits (*c*) que le mari commet, sont aussi dettes de la communauté, ce qui résulte du pouvoir indéfini (*d*), qu'il a sur les biens de la communauté pendant le mariage.

A l'égard de la femme, elle ne peut, sans le consentement de son mari (*e*), charger la communauté par les dettes qu'elle contracte pendant le mariage.

343. Les dettes qui entrent en communauté, sont en troisiéme lieu les dettes des successions qui échéent durant le cours de la communauté (*f*) ; il faut néanmoins faire quelques distinctions.

Lorsque la succession est toute mobiliaire, en ce cas comme tout l'actif de la succession entre en communauté (*g*), toutes les dettes de cette succession y entrent aussi, soit qu'elles soient mobiliaires, soit que ce fût des rentes.

Que si la succession consiste en meubles & en immeubles, l'opinion la plus commune, & qui pa-

(*a*) Renn. part. 2. ch. 5. n. 39. & suiv.

(*b*) Laland. sur Orl. art. 193.

(*c*) Regle du Droit Fr. art. 24.

(*d*) Paris, art. 225. Orl. art. 193.

(*e*) Paris, art. 234.

(*f*) Lebr. l. 2. ch. 3. §. 2. Renn. part. 1. ch. 12.

(*g*) Lebr. diss. 1. n. 7.

roît même une suite du principe établi, est que les dettes mobiliaires de la succession, sont à la charge de la communauté (a), & non les immobiliaires: mais ce sentiment est sujet à une infinité d'inconvéniens (b) en rendant le mari le maître d'avantager ou de charger la communauté, ainsi qu'il le juge à propos, pour son intérêt ou pour celui de sa femme, d'où naît un dédale de questions sur des cas de récompense embarrassans; on les évite en réglant que la communauté doit porter une portion de toutes ces dettes de la succession, mobiliaires ou rentes, qui soit proportionnée à ce qu'elle en amende, c'est-à-dire au prorata du mobilier & de la jouissance des immeubles: si elle en portoit moins, elle s'enrichiroit aux dépens du conjoint, à qui la succession est échue; si elle en portoit plus, ce conjoint s'enrichiroit aux dépens de la communauté; or ni l'un ni l'autre n'est permis comme on verra dans la suite. Les dettes d'une succession sont la charge naturelle des biens de la succession; or il est juste que l'on contribue aux char-

(a) Lebrun, n. 1. Renn. n. 11.

(b) Renn. n. 28.

ges, à proportion du profit qu'on a (*a*). Pourquoi ne pas étendre à la communauté ce que l'équité naturelle & la coutume (*b*) de concert ont établi dans les successions?

(*a*) *Leg.* 6. *Cod. fam. hercis.*

(*b*) Paris, art. 334. Orléans, art. 360.

344. Il faut encore distinguer entre les successions échues au mari & celles qui sont échues à la femme.

Les dettes des successions échues au mari, sont dettes de la communauté, au prorata de ce qu'elle en amende, encore qu'elles excédassent la valeur des biens dont la communauté profite : ainsi si l'actif de la succession est de vingt mille livres & le passif de quarante mille livres, & que la communauté profite dans l'actif des trois quarts ; c'est-à-dire, de quinze mille livres qu'il y a de meubles, la communauté sera tenue des trois quarts aussi dans le passif de la succession c'est-à-dire de trente mille livres, quoiqu'elle n'ait profité que de quinze mille livres : à l'égard de l'autre portion, qui est le quart dont le mari est seul tenu, les créanciers pourront encore se prendre sur les biens de la communauté, sauf la récompense de la femme après la dissolution ; car ce n'est

qu'à l'égard des conjoints entre eux que ce surplus n'entre point en communauté, & non à l'égard des créanciers qui sont en droit de se venger indistinctement sur tous les biens de leur débiteur, & par conséquent sur la communauté dont il est Seigneur.

Il en sera de même des successions échues à la femme, si le mari a autorisé sa femme à l'accepter : mais s'il ne l'a pas autorisé, & qu'elle se soit faite à son refus autoriser par Justice, la communauté ne peut être tenue des dettes de la succession échue à la femme, que jusqu'à concurrence de ce qu'elle a profité de cette succession (*a*) ; ainsi le mari sera toujours reçu à compter aux créanciers (*b*) des biens de la succession & à les leur abandonner, au moyen de quoi il sera déchargé envers eux (*c*), sauf à eux à se pourvoir sur les biens propres de la femme après la dissolution de la communauté ; ou s'ils les faisoient décréter durant le mariage, ce ne pourroit être qu'à la charge d'en laisser la jouissance au mari durant la communauté (*d*), la femme ne pouvant pas priver le ma-

(*a*) Renn. n. 24. Lalande, sur Orl. art. 208.

(*b*) Lebrun, dist. 2. n. 8.

(*c*) Ord. art. 201.

(*d*) Lalande, sur ledit article.

ti de cette jouiſſance en contractant des dettes.

A l'égard des frais funéraires de l'une ou de l'autre des conjoints, comme ils n'ont lieu qu'après la diſſolution de la communauté, ils n'en ſont point une charge (*a*), mais ſeulement de la ſucceſſion du prédécédé.

345. Suivant la ſeconde des regles fondamentales, la communauté peut être plus reſſerrée, ou plus étendue (*b*), par la convention des Parties, qu'elle ne l'eſt aux termes de la Coutume.

Ainſi : 1°. Les conjoints ou l'un d'eux peuvent convenir qu'il n'entrera dans leur communauté qu'une certaine quantité de leur mobiliaire (*c*), & que le ſurplus leur demeurera propre, ou même ils peuvent convenir qu'il n'en entrera point du tout (*d*).

Lorſqu'on apporte une ſomme déterminée en communauté (*e*), on eſt cenſé ſe réſerver propre ce qu'on a de mobiliaire par de-là cette ſomme ; que ſi le conjoint avoit moins en mobiliaire que la ſomme qu'il a promis d'apporter, il ſeroit débiteur du ſurplus envers la communauté.

(*a*) Lalande l. 2. ch. 3. §. 1. n. 36. Regle du Droit Fr. art. 52.

(*b*) Lebrun, l. 1. ch. 5. diſt. 2. & 3. Rennuſſon, part. 1. ch. 4.

(*c*) Lebrun, diſt. 3. n. 3.

(*d*) Renn. ſur Paris, articl. 220.

(*e*) Lebrun, n. 1.

Lorsque le conjoint réserve propres ses biens, ou le surplus de ses biens, cette réserve ne comprend que ceux qu'il a lorsqu'il se marie (a) & non ceux qui lui échéoient par la suite, à moins qu'il ne s'en explique.

La convention que les successions seront propres exclut bien de la communauté le mobiliaire de ces successions (b), mais non la jouissance des biens qui en font partie ; elle ne s'étend pas aussi (c) à ce qui échéoit par donation, autre qu'en ligne directe.

Lorsqu'un mineur qui s'est marié avoit plus du tiers de son bien en mobiliaire, il est restituable contre l'omission de s'être réservé propre le surplus du tiers (d), à moins que des circonstances particulieres d'un mariage très-avantageux, qui ne se seroit pas fait sans cela, ne l'exclue de la restitution.

346. On peut aussi resserrer la communauté pour le passif, par la clause de séparation de dettes (e) ; au moyen de cette clause, les dettes mobiliaires [*] que les conjoints de-

(a) Lebrun, l. 3. ch. 2. §. 5. n. 14.

(b) Renn. n. 5. & 6.

(c) Renn. Traité des propres, ch. 6. §. 2. n. 3.

(d) Lebrun, l. 1. ch 5. §. 1. dist. 3. n. 12. inst. au Droit Franç. l. 3. ch. 8. p. 105.

(e) Paris, art. 222. Orléans, art. 212.

[*] Rennusson, de la communauté, part. 1. chap. 11. nombre 1. Institution au Droit François, liv. 3. ch. 7.

voient lors du mariage n'entreront point en communauté : cela a lieu indistinctement au respect des conjoints (*a*), mais à l'égard des créanciers, il faut distinguer ; cette clause n'empêche point les créanciers du mari quoiqu'antérieurs au mariage, de se faire payer (*b*) sur les biens de la communauté, sauf à la femme son indemnité sur les biens de son mari.

(*a*) Renn. n. 34. Duplessis, de la comm. l. 1. ch. 5.

(*b*) Renn. n. 8. Lebr. l. 2. ch. 3. §. 4. n. 3.

A l'égard des créanciers de la femme, le mari en vertu de cette clause peut les empêcher de se prendre sur les biens de la communauté, en leur représentant un Inventaire (*c*) des biens que sa femme a apportés, lequel doit être fait avec la femme (*d*) auparavant le mariage ; en ce cas les créanciers de la femme ne peuvent se venger que sur les effets compris dans cet Inventaire & qui restent en nature (*e*), & sur la somme dont le mari se trouveroit reliquataire par le compte qu'il doit rendre des effets qui ne se trouvent plus en nature.

(*c*) Regle du Droit François, art. 21.

(*d*) Renn. n. 6.

(*e*) Lebrun, n. 14. & suiv. Renn, n. 16. & suiv.

La clause de séparation de dettes n'exclut pas de la communauté les arrérages des rentes constituées (*f*) par les conjoints avant le mariage,

(*f*) Lebr. n. 20. Renn. n. 20. & suiv.

lesquels échéent pendant le mariage; car pour ce tems ces arrérages sont dettes du tems du mariage (a), & la clause de séparation n'exclut que celles d'auparavant (b).

(a) Molin, §.1.gloss.1. n. 52.

(b) Paris, art. 222. Ord. 212.

Lorsque les successions ont été réservées propres, les dettes des successions le sont aussi (c).

(c) Leg. 39. §. 1. D. de Vide S.

347. De même qu'on peut resserrer la communauté, on peut aussi l'étendre (d): on l'étend en stipulant une communauté de tous biens, ce qui comprend seulement les biens présens, que les conjoints avoient lors du mariage, & non les immeubles qui leur échéoient dans la suite par succession; à moins que la communauté ne soit stipulée de tous biens présens & à venir: on peut aussi faire entrer dans la communauté les immeubles des successions, en stipulant que les successions seront communes.

(d) Laland. sur Orl. art. 202.

Comme les biens comprennent la charge des dettes (e), la stipulation d'une communauté de tous biens, fait entrer dans la communauté toutes les dettes que les conjoints devoient lors du mariage de quelque nature qu'elles soient.

(e) Leg. 39. §. 1. D. de verb. signif.

Lorsqu'on veut apporter en com-

munauté une partie de ses propres, on ameublit par le contrat de mariage (a), ou certains corps d'héritages, lesquels au moyen de cette clause deviennent communs (b), ou bien on ameublit indéterminément ses héritages, jusqu'à la concurrence d'une certaine somme (c); & en ce cas, le conjoint qui a fait cet ameublissement est tenu lors du partage de la communauté, de porter en la masse pour y être partagés comme conquêts, tels de ses propres qu'il voudra, jusqu'à concurrence de la somme convenue, sous la déduction du prix de ceux qui auront pu être aliénés durant le mariage (d).

Un mineur qui se marie, peut ameublir de ses propres, jusqu'à concurrence de ce qui lui manque de meubles, pour faire son apport à la communauté, lequel ne peut excéder régulierement le tiers de ses biens (e).

L'ameublissement de quelques immeubles d'un conjoint, ou d'une somme à prendre sur ses immeubles, ne fait point entrer dans la communauté aucune portion des rentes qu'il devoit.

(a) Inst. au Droit Fr. l. 3. ch. 8.

(b) Traité des propr. ch. 6. §. 8. n. 26.

(c) *Ibid.* n. 17.

(d) Lebrun, l. 1. ch. 5. §. 1. dist. 2. n. 8.

(e) Lebrun, n. 2. & suiv. Traité des propr. n. 9.

SECTION SECONDE.

Comment la communauté se régit.

348. SUivant la troisieme des regles fondamentales, le pouvoir du mari sur les biens de la communauté est celui d'un maître absolu (*a*), il peut en disposer comme de sa propre chose; de-là vient que les auteurs disent que tant que la communauté dure (*b*), elle est plutôt *in potentia*, que *in actu*, & que le droit qu'y a la femme, n'est pas tant un droit actuel, que le droit de partager un jour ce qui se trouvera composer la communauté au tems de la dissolution.

De-là il suit que le mari durant le cours de la communauté, peut à son gré aliéner & engager les effets de la communauté (*c*), de la même maniere que les siens propres, pourvu que ce soit sans fraude (*d*); c'est-à-dire, qu'il ne peut pas les appliquer à son profit particulier (*e*) & que s'il employe les deniers de la communauté à cela, il en doit récompense (*f*); il ne peut pareil-

(*a*) Paris, art. 225. Orl. article 193.

(*b*) Lebrun, l. 1. ch. 2. §. 2. n. 2.

(*c*) Regle du Droit François, art. 23.

(*d*) Paris, art. 225. Orl. art. 193.

(*e*) Dum. sur Paris, art. 107.

(*f*) Lalan. sur Orl. art. 193.

ement les appliquer au profit de ses héritiers présomptifs (*a*), autres que les enfans communs [*] des deux conjoints, ni au profit de ses concubines, de ses bâtards (*b*), &c.

Les dispositions universelles, que feroit le mari de tous les biens (*c*), ou d'une partie des biens de la communauté passeroient aussi pour faites en fraude du droit que la femme y doit avoir, suivant une note de Dumoulin, sur la Coutume de Saint-Quentin, art. 17.

Au surplus, le mari peut dissiper à son égard les biens de la communauté, même *delinquendo* (*d*); ainsi les amendes & intérêts civils auxquels il est condamné durant le mariage, par une Sentence qui n'emporte pas mort civile (*e*), se prennent sur la communauté, sans que la femme puisse prétendre pour cela aucune récompense.

349. Le pouvoir qu'a le mari de disposer à son gré des effets de la communauté ne durant que tant que la communauté dure (*f*) il suit de-là qu'il ne peut en disposer ainsi

(*a*) Lebrun, §. 1. n. 13.

(*b*) Lebrun, n. 33. Renn. de la com. l. 1. ch. 6. n. 11.

(*c*) Tournet, sur Paris, art. 225.

(*d*) Regle du Droit François, art. 24.

(*e*) Lalande sur Orl. art. 209.

(*f*) Leb[illegible] n. 1.

[*] Bretagne, article 404. Brodeau sur Louet, lettre D. nombre 48. Ricard & Fortin sur Paris, article 225.

que par des actes entre-vifs & non par testament (*a*), parce que les testamens ne commencent à avoir aucun effet qu'à la mort du Testateur ; les dispositions testamentaires du mari, ne se prendront donc point sur le total de la communauté, comme les dispositions entre-vifs, mais seulement sur sa part (*b*) ; on peut même dire que s'il a légué un corps certain de la communauté, il sera censé n'en avoir légué que la moitié qui lui en appartient ; sur tout s'il s'étoit expliqué ainsi, ma Maison, mon Jardin ; car le Pronom (Mon) détermine le legs à la part qu'il a dans la chose : que s'il paroissoit qu'il eût voulu (*c*) léguer le total, ses héritiers seroient obligés de racheter de la femme la moitie qui lui en appartient, ou d'en payer au légataire l'estimation (*d*).

De ce que le pouvoir du mari ne dure que pendant le tems de la communauté, il s'ensuit aussi qu'il n'en peut confisquer pour forfaiture que sa part (*e*), parce que la Sentence qui prononce la confiscation, emportant en même tems la mort civile du condamné, cette confiscation n'a lieu qu'en un tems où la

(*a*) Paris, art. 296.

(*b*) Renn. n. 17. 18. & 19.

(*c*) *Leg.* 5. *D. de leg.* Lebrun, n. 2.

(*d*) *Inst. Just.* §. 4. *de leg.*

(*e*) Orl. art. 209. & comment. sur icelui.

communauté eſt diſſoute par la mort civile du mari (*a*).

(*a*) Lebrun, §. 3. n. 1.

350. Quoique la femme ſe ſoit réſervée propre une partie de ſon mobiliaire, le mari ne laiſſe pas de pouvoir, tant que la communauté dure, diſpoſer en maître abſolu (*b*), & à ſon gré, du total de ce mobiliaire; la réſerve de propre n'a d'autre effet que de donner à la femme, lors de la diſſolution de la communauté, une action de repriſe du montant de ce qu'elle a réſervé propre (*c*).

(*b*) Lebrun. §. 4. n. 38. & ſuiv.

(*c*) *Leg.* 42. *D. de Jur. dot.*

Le mari étant Seigneur abſolu, pendant le mariage de tous les biens de la communauté, dans leſquels ſe trouvent compris tout le mobiliaire & la jouiſſance des propres de ſa femme; il s'enſuit (*d*) qu'il eſt le Seigneur des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme, il pourra donc ſeul & en ſon nom les intenter (*e*).

(*d*) Paris. art. 223. Orl. 195.

(*e*) Renn. n. 1.

De même auſſi (*f*), il peut être pourſuivi ſeul & en ſon nom par les créanciers de ſa femme, pour choſes mobiliaires, parce que les dettes paſſives mobiliaires, entrent auſſi en communauté; il faut pourtant obſerver que quoique les créan-

(*f*) Bacq. des droits de Juſtice. ch. 21. n. 100.

ciers aient un titre paré contre la femme, ils ne le peuvent mettre à exécution contre le mari (*a*), qu'ils n'aient obtenu Sentence contre lui qui le déclare exécutoire.

(*a*) Renn. part. 1. ch. 10. n. 36.

A l'égard des propres & des actions immobiliaires de la femme, le pouvoir qu'il y a n'est point celui d'un maître (*b*), mais d'un simple administrateur, comme on a vu au titre second de cette deuxieme Partie.

(*b*) Regle du Droit Fr. art. 31.

SECTION TROISIEME.

Comment la communauté se dissout.

351. SUivant la définition, la société de biens entre les conjoints n'est qu'une suite & comme une dépendance de la société de vie; ainsi la communauté ne dure que pendant le mariage, elle se dissout donc par la mort naturelle de l'un ou de l'autre des conjoints (*c*); la continuation de communauté dont on parlera dans le titre suivant, est plutôt une nouvelle communauté (*d*), qui se forme immédiatement après la premiere, qu'elle n'en

(*c*) Regle du Droit Fr. art. 40.

(*d*) Argou, *Leg. 37. & 59. D. pro soc.*

n'en eſt qu'une continuation.

La communauté ſe diſſout auſſi par la mort civile (*a*). de l'un ou de l'autre des conjoints ; car quoique le mariage, quant au lien naturel, ne laiſſe pas de ſubſiſter (*b*), il eſt détruit quant aux effets civils dont la communauté de biens fait partie.

Enfin la communauté, ainſi que toutes les ſociétés, peut ſe diſſoudre même pendant le mariage par la ſéparation (*c*).

352. Il y a deux ſortes de ſéparations, la ſéparation d'habitation, & la ſimple ſéparation de biens. Comme la ſociété de vie emporte celle des biens, la ſéparation d'habitation, emporte auſſi la ſéparation de biens (*d*).

Les mauvais traitemens du mari envers ſa femme, ſont la cauſe la plus ordinaire de la ſéparation d'habitation (*e*) ; ils doivent être plus ou moins grands, ſuivant la qualité des Parties. (*f*).

Le mal caduc & la lepre ne ſont point une cauſe de ſéparation (*g*).

Dans ces ſéparations, le Juge permet à la femme de ſe retirer pendant l'*Inſtance, dans* une commu-

(*a*) Lebrun, l. 3. ch. 1. n. 1. & 2.

(*b*) Lalande, ſur Orl. art. 209.

(*c*) Orl. art. 198. & Lalande, ſur icelui.

(*d*) Lebrun, n. 3. & 24. Renn. part. 1. ch. 9. n. 43.

(*e*) Renn. n. 44. & ſuiv. *Nov.* 22. *cap.* 15. §. 1.

(*f*) Argou, Inſtitut. au Droit Fr. l. 3. ch. 20.

(*g*) *Cap.* 10. *de conjug.* Leprêtre.

nauté qui lui est indiquée par son mari [*].

Les causes de la séparation de biens, sont la dissipation des biens du mari (*a*), son interdiction (*b*).

Les demandes, soit pour séparation d'habitation, soit pour séparation de biens, s'intentent devant le Juge séculier (*c*).

Les causes de séparation se prouvent par des Enquêtes (*d*) que le Juge ordonne, ou par des preuves littérales, si l'on en peut fournir (*e*).

Le Juge ne doit point prononcer ces séparations, sans grande connoissance de cause (*f*), quand même le mari déclareroit qu'il acquiesce à la demande de sa femme; les nœuds qui ont formé la société de vie & de biens entre les époux, sont trop respectables pour leur permettre d'en rompre les effets à leur gré (*g*).

353. Lorsque ces séparations sont prononcées, elles n'ont d'effet pour dissoudre la communauté qu'autant qu'elles sont exécutées (*h*).

Pour l'exécution de la séparation de biens, il faut que la fem-

(*a*) *Leg.* 24. *D. sol. matr.* & 29. *Cod. de Jure dot.*

(*b*) Renn. n. 4.

(*c*) Orl. art. 198. Renn. n. 55.

(*d*) Orl. art. 198. Berry, tit. 1. art. 49.

(*e*) Louet, & Brod. let. S. n. 16.

(*f*) Lalande, sur Orl. art. 198.

(*g*) Instit. au Droit Franç. l. 3. ch. 20. J. des Aud. t. 3. l. 11. ch. 14.

(*h*) Paris, art 234. Orléans, art. 198.

[*] Chenu, cent. 1. quest. 42. Rennusson, nombre 48.

me pourſuive (*a*) contre ſon mari le payement de ſes repriſes, remplois & indemnités, & que faute de payement, elle ſe faſſe vendre (*b*) ou adjuger en payement quelques biens de ſon mari, ou qu'elle obtienne au moins Sentence adjudicative de ſes repriſes & conventions.

La femme doit auſſi obſerver les formalités qui ſont en uſage dans la Juſtice (*c*) où la ſéparation eſt prononcée, & qui tendent à la rendre publique.

Le mari devant être le maître de la communauté & de la conduite de ſa femme, il eſt clair qu'il ne peut demander la ſéparation (*d*).

354. La ſéparation d'habitation donne à la femme le droit de demeurer où il lui plaît ſans ſon mari, pourvu que ce ne ſoit point en un lieu déshonnête : mais ni l'une ni l'autre de ces ſéparations, ne font ſortir la femme hors de la puiſſance de ſon mari (*e*), & ne lui donnent droit d'aliéner ſeule (*f*) ſes immeubles, ni de les hypothéquer (*g*) ſi ce n'eſt pour des dettes qui n'excéderoient pas les bornes d'une ſimple *adminiſtration* (*h*) ; car la

(*a*) Renn. n. 16.

(*b*) Inſtit. au Droit Fr. p. 209. Recueil de la Combe, ſépar. part. 1. n. 7.

(*c*) Orl. art. 198. Lalande, & les nouvel. notes ſur icelui.

(*d*) Renn. n. 5. 6.

(*e*) Lalande, ſur Orl. art. 196.

(*f*) *Leg. 29. Cod. de Jur. dot.*

(*g*) Recueil de la Combe, n. 16.

(*h*) Renn. nombre 3. & ſuiv.

femme séparée peut, sans l'autorité de son mari, faire tous les actes qui concernent l'administration de ses biens (*a*), jouir de ses propres, & en percevoir tous les revenus.

355. Le mari & la femme après la séparation peuvent d'un commun consentement en faire cesser l'effet en se remettant ensemble (*b*), pourvu qu'ils le fassent par un acte passé devant Notaire [*], & qui puisse faire foi à l'égard du public; alors tout ce qui a été acquis par l'un ou l'autre des conjoints (*c*), même pendant le tems intermédiaire, rentre dans la communauté, comme s'il n'y avoit jamais eu de séparation : mais tout ce que la femme a fait seule, pendant qu'elle a subsisté sur la jouissance & l'administration de ses biens, demeure valable (*d*).

(*a*) Instit. au Droit François, l. 3. ch. 19. Regle du Droit Fr. l. 1. ch. 1. §. 2. art. 19.

(*b*) Instit. au Droit Fr. ch. 20.

(*c*) Ord. art. 199. Tronçon, sur Paris, art. 224.

(*d*) Orl. ibid. & Lalande sur icelui.

[*] Brodeau, lettre S. 16. Lalande, sur Orléans, article 199.



SECTION QUATRIEME.

Du droit que la femme acquiert par la dissolution de la communauté, de la faculté qu'elle a d'y renoncer, & de l'effet de la renonciation.

356. PAr la dissolution de la
communauté, la femme
acquiert un droit formé sur la moi-
tié indivise de tous les effets de la
communauté (*a*), le mari qui étoit (*a*) Lebrun,
Seigneur du total, n'est plus Sei- l. 1. ch. 2.
gneur que de la moitié (*b*). §. 1. n. 5. (*b*) Laland.

A l'égard des dettes, soit actives sur Orl.
ou passives, leur nature est de se art. 193.
diviser (*c*) de plein droit, *nomina* (*c*) Orl.
ipso jure dividuntur; la femme peut art. 187.
donc demander à chacun des débi-
teurs la moitié des sommes qu'ils
doivent, & devient débitrice de la
moitié (*d*) de celles que devoit la (*d*) Paris,
communauté : elle ne peut néan- art. 221.
moins être contrainte au payement
de la moitié de celles qu'elle n'a
pas elle-même contractées (*e*), que (*e*) Paris,
le créancier ne fasse auparavant dé- art. 168.
clarer ses titres exécutoires contre
elle.

Mais comme il n'étoit pas juste qu'elle se trouvât engagée malgré elle dans une communauté au gouvernement de laquelle elle n'avoit eu aucune part, & dont son mari avoit été seul maître (a); c'est une suite de la troisieme des regles fondamentales que la femme ait deux priviléges, l'un de pouvoir renoncer à la communauté (b) en abandonnant la part qu'elle y avoit pour s'affranchir des dettes, l'autre en l'acceptant, de n'être même tenue de sa moitié des dettes (c) que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende dans l'actif de la communauté; le mari (d) ou ses héritiers sont tenus du surplus.

357. Ce privilége a lieu même à l'égard de ce qui est dû à la femme par la communauté (e), elle ne doit donc faire confusion sur elle de la moitié des reprises & remplois qu'elle a à exercer contre la communauté, que jusqu'à concurrence des biens qu'elle en a recueillis, car cette confusion est le payement qu'elle se fait d'une dette de communauté.

Ainsi lorsque la femme poursuivie par un créancier de la commu-

(a) Lebrun, l. 3. ch. 2. §. 2.

(b) Paris, art. 237. Orl. art. 204.

(c) Paris, art. 228. Orl. art. 187.

(d) Renn. part. 2. ch. 1. n. 38.

(e) Lebrun, l. 2. ch. 3. §. 5. n. 7.

nauté, justifie avoir payé (*a*) à d'autres créanciers une somme égale au bien qui lui est revenu, elle doit être déchargée de la demande : si elle a payé moins, elle sera condamnée seulement à payer l'excédent, & elle y peut être contrainte sur ses propres biens ; le créancier se pourvoira pour le surplus contre la succession du mari : si néanmoins c'étoit un créancier hypothécaire, il pourroit toujours agir hypothécairement (*b*), non pas seulement pour la moitié (*c*), mais pour le total même de la dette, contre la femme qui posséderoit des conquêts, sauf à elle (*d*) son recours contre la succession du mari ; il le pourroit, dis-je, à moins que la femme, soit de son chef, soit du chef des créanciers qu'elle a déja payés, ne fût antérieure en hypothéque à ce créancier, pour des sommes qui surpassent la valeur des conquêts qu'elle possede.

(*a*) Renn. n. 39. & Lebrun, art. 12.

(*b*) Ord. art. 188.

(*c*) Laland. sur Orl. art. 187. & 188.

(*d*) Orl. art. 189.

Dans ce que la femme a payé pour la communauté, elle peut compter les sommes dont elle en étoit elle-même créanciere, & réciproquement dans le bien qui lui est revenu de la communauté, on

lui compte les sommes dont elle étoit débitrice, & dont on lui a fait faire confusion.

358. Pour que la femme puisse exercer ce privilége, il faut qu'elle ait fait faire un Inventaire après la mort de son mari (*a*), & qu'elle n'ait rien recélé.

Elle ne peut pas user de ce privilége, contre les creanciers pour les dettes qu'elle a elle-même contractées & auxquelles elle a parlé (*b*) : mais dans ce cas, elle aura son recours contre la succession de son mari (*c*), pour ce qu'elle aura été obligée de payer de plus qu'elle n'a profité de la communauté.

Ce privilége de la femme ne lui est pas personnel, ses héritiers ont le même droit (*d*) quand elle prédécede son mari.

359. Celui de renoncer lui est encore plus avantageux, & est sujet à moins de discussions; il est fondé sur l'intérêt public qui demande la conservation des dots des femmes (*e*). La femme n'y pourroit donc renoncer par son contrat de mariage (*f*), l'article 204, de la Coutume d'Orléans, qui semble admettre cette renonciation, n'est pas suivi

(*a*) Paris, art. 228. Orl. art. 187.

(*b*) Laland. sur Orl. art. 187.

(*c*) Bacq. des droits de Justice, ch. 21. n. 45.

(*d*) Paris, art. 228. Orl. art. 187.

(*e*) *Leg.* 2. *D. de Jure, dot.*

(*f*) Lebr. l. 3. ch. 2. §. 2. dist. 1. n. 2.

suivi en ce point même dans son territoire (*a*).

La femme peut renoncer à la communauté, tant qu'elle ne l'a point acceptée (*b*), soit expressément en déclarant qu'elle l'accepte, soit tacitement en faisant acte de commune.

360. Elle fait acte de commune, lorsqu'elle fait quelque chose qui suppose la volonté de l'être (*c*), comme si elle dispose de quelque effet de la communauté (*d*), sans avoir d'autre qualité, pour pouvoir en disposer, que celle de commune.

Il en est de même lorsqu'elle paye des dettes de la communauté (*e*); à moins que ce ne fût des dettes qu'elle eût elle-même contractées, où auxquelles elle eût parlé, & qu'elle les payât d'autres deniers, que ceux de la communauté.

Mais tout ce qu'elle fait pour la conservation des effets communs (*f*), ne doit point être regardé comme acte de commune; telles sont des réparations urgentes (*g*), telle est encore la vente des effets de la communauté, qui périroient (*h*) s'ils étoient gardés trop longtems; il est pourtant plus sûr que

(*a*) Nouv. notes sur ledit art. n. 7.

(*b*) Paris, art. 237. Orl. art. 204. & comment. sur iceux.

(*c*) Laland. sur Orl. art. 204.

(*d*) Leg. 1. *Cod. de Jur. dot.*

(*e*) *Leg.* 2. *Cod. donat.*

(*f*) *Leg.* 20. *D. de adq. vel omitt. hæredit.*

(*g*) Domat, des Loix civil. tit. 2. §. 1. n. 4. & 5.

(*h*) *Leg.* 5. §. 1. *D. de Jure de lib.*

la femme présente Requête au Juge (*a*), pour être autorisée à les vendre, sans préjudice aux qualités qu'elle pourra prendre.

(*a*) *Leg.* 7. §. 3. *D eod.*

La femme peut aussi, sans faire acte de commune, rester dans la maison de son mari (*b*), & y vivre avec ses domestiques des provisions qui y sont, jusqu'à ce que l'inventaire soit fait.

(*b*) Artois, art. 164. *Leg.* 1. *Cod. de rep. vel abs hæredit.*

361. Quoique la femme soit toujours à tems de renoncer (*c*), tant qu'elle n'a pas fait acte de commune, elle peut être poursuivie par les créanciers de la communauté pour être tenue de déclarer quelle qualité elle entend prendre; l'Ordonnance de 1667. tit. 7. art. 5. lui accorde néanmoins des délais, sçavoir quarante jours pour faire Inventaire, & trois mois pour délibérer, qui commencent à courir du jour que l'Inventaire (*d*) a été parachevé, ou du jour de l'expiration des quarante jours (*e*), s'il n'a point été achevé dans ce terme: si la femme après ces délais ne déclare point quelle qualité elle prend, on la condamne en qualité de commune (*f*): mais elle peut toujours sur l'appel, jusqu'à ce qu'il y ait eu un

(*c*) Renn. part. 2. ch. 1 n. 25.

(*d*) Art. 1.

(*e*) Art. 3.

(*f*) Lalande, sur Orl. art. 204. Lebr. l. 3. ch. 2. §. 2. dist. 2. n. 12.

Arrêt ou un Jugement passé en force de chose jugée, rapporter une renonciation; au moyen de quoi elle doit être déchargée de la condamnation, & condamnée seulement aux dépens faits, jusqu'au rapport de sa renonciation, auxquels sa coutumace a donné lieu.

Un Jugement même en dernier ressort, ne la rendroit commune (*a*) qu'envers le créancier qui l'a obtenu; car c'est un principe constant en droit, que *res inter alios judicata, alteri non prodest.*

362. Lorsque la communauté est dissoute par la mort du mari, la femme est obligée pour pouvoir renoncer de rapporter un bon (*b*) & loyal Inventaire des effets de la communauté.

C'est aux Notaires à faire ces Inventaires, les Réglemens défendent aux Juges & aux Greffiers de s'y immiscer. (*c*).

Cet Inventaire doit être fait (*d*) avec les héritiers présomptifs du mari, ou eux dûement appellés, il doit contenir la prisée des meubles qui se fait par un Sergent Priseur assisté de Revenderesses.

Cet Inventaire doit être loyal,

(*a*) Voyez Nivernois, ch. 34. art. 27. Bourbonnois, art. 326.

(*b*) Paris, art. 237. Orl. 204.

(*c*) Bacq. des droits de Justice, ch. 25. n. 40. & 41. Voyez Recueil de la Combe, Jugemens n. 2.

(*d*) Arrêtés de Lamoig. de la com. art. 83.

c'est-à-dire que la femme y doit comprendre tous les effets mobiliaires & titres de la communauté (*a*), qui sont en possession & dont elle a connoissance ; elle doit même affirmer devant le Juge, si elle en est requise, (*b*), qu'elle y a compris tout ce qui étoit à sa connoissance ; cette affirmation est ce qu'on appelle (*c*) la clôture de l'Inventaire.

(*a*) Laland. sur Orl. art. 204.

(*b*) Louet, let. I. n. 11. Lebrun, n. 8.

(*c*) Paris, art. 241.

Si la femme avoit omis quelques effets par pure inadvertance, l'Inventaire ne laisseroit pas d'être loyal : mais il ne l'est pas lorsqu'elle est convaincue d'en avoir recélé malicieusement (*d*), ou d'en avoir détourné quelqu'uns ; en punition de ces recelés, elle est privée de la faculté (*e*) de pouvoir renoncer, de son droit de communauté [*] ; dans les effets recélés, & de son don mutuel [**], au cas qu'il y en ait un, dans lesdits effets.

(*d*) Instit. au Droit François, l. 3. ch. 4.

(*e*) Regle du Droit Fr. art. 51.

Au reste, quelques considérables qu'ils soient, l'honneur dû au ma-

[*] Bacquet, des droits de Justice, chap. 21. nombre 64. Louet, lettre R. nombre 48. Rennoviere, nomb. 32.

[**] Journal des Audiences. Arrêt du 15. Mai 1656. Leprêtre, cent. 1. chap. 2. nomb. 6. & suiv.

riage ne permet pas (*a*) de poursuivre criminellement la femme, pour raison de ces divertissemens, ou du moins si l'on a commencé une procédure criminelle contre elle, on doit la civiliser (*b*), si ce n'est dans certaines occasions très-rares : mais cette procédure criminelle peut être poursuivie contre les complices de la femme [*].

(*a*) *Leg.* 4. *Cod. de crim. expil. hæredit.* Institut. au Droit Fr. *ibid.*

(*b*) Arrêt de 1592. rappor. par Bacq. *ibid.* Voyez Recueil de la Combe, récélé, n. 4.

363. L'effet de la renonciation est tel que tous les biens de la communauté demeurent pour le total au mari ou à ses héritiers (*c*), la femme est réputée n'y avoir jamais eu aucune part & n'avoir point été commune.

(*c*) Lebrun, n. 46.

De-là il suit : 1°. Qu'elle n'est point tenue des dettes (*d*) de la communauté ; si néanmoins elle les avoit elle-même contractées, ou si elle y avoit parlé, elle pourroit être contrainte par les créanciers à les payer (*e*) : mais elle auroit son recours contre son mari, ou les héritiers du mari (*f*) ; c'est ce qu'on appelle l'indemnité de la femme : outre cette indemnité, elle a action

(*d*) Paris, art 237. Orl. 204. & Comment.

(*e*) Dum. sur Bourb. art. 245. Louet & Brod. let. F. n. 17.

(*f*) Orl. art. 205. Lalande & nouv. note sur iceilui.

[*] Rennusson, chap. 2. nombre 21. Lebrun, n. 40. *Vide Leg.* 21. §. 1. *D. de act. rer. amot.* & *Leg.* 36. §. 1. & 52. *D. de furt.*

contre son mari, ou sa succession, pour être payée des sommes (a) qu'elle s'étoit réservées propres, & du prix de ses propres (b) aliénés pendant le mariage : à l'égard de ceux qui sont en nature, elle les reprend (c) en tenant compte des améliorations, de même qu'on lui tient compte aussi des détériorations.

364. La femme qui renonce ne peut prendre aucune part (d) dans aucun des effets actifs de la communauté ; elle ne peut point prétendre par conséquent de préciput (e), à moins qu'il n'ait été stipulé, en cas même de renonciation : on lui laisse néanmoins lorsqu'elle survit un habillement complet à son usage (f), *nec enim debet abire nuda*.

Elle ne peut non plus reprendre ce qu'elle a apporté à la communauté (g) ; bien plus, si lors de la dissolution elle n'avoit pas fourni entierement la somme qu'elle avoit promis d'y apporter, elle seroit débitrice envers son mari de ce qui s'en manqueroit.

Cela est ainsi de droit commun (h) : mais dans la plûpart des con-

(a) Lebrun, dist. 4.

(b) Paris, art. 232. Orl. art. 192. & Comment.

(c) Lebrun, dist. 4.

(d) Orl. art. 206.

(e) Inst. au Droit François, l. 3. ch. 11.

(f) Lalande, sur Orl. art. 206.

(g) Orl. art. 206.

(h) Inst. au Droit François, l. 3. ch. 6.

trats de mariage, la femme stipule qu'en cas de renonciation à la communauté, elle pourra reprendre ce qu'elle y a apporté; la faveur des contrats de mariage (*a*) a fait admettre cette clause; quelque contraire qu'elle paroisse aux regles naturelles des sociétés (*b*), puisqu'au moyen d'une telle clause la femme est associée au gain, si la communauté a du profit, sans qu'elle coure risque de rien perdre; il en faut conclure qne cette clause ne doit point recevoir d'extension (*c*), ni d'une chose à un autre, ni d'une personne à d'autres personnes.

365. Ainsi si la faculté de reprise n'a été stipulée que dans le cas de la dissolution par mort (*d*), elle ne s'étendra point au cas de la séparation. 2°. S'il est stipulé que la femme reprendra ce qu'elle a apporté en la communauté, la clause ne pourra être étendue à ce qui y sera depuis entré à cause d'elle par des successions (*e*) qui lui seroient échues, ou des donations qui lui auroient été faites durant la communauté.

Il en est autrement lorsque la femme a stipulé qu'elle reprendra

(*a*) Lebrun, l. 3. ch. 2. §. 2. dist. 5. Traité des propres, ch. 4. §. 9.

(*b*) *Toto titulo D. pro socio.* Domat, de la société, §. 1.

(*c*) Traité des propr. n. 23. Lebrun, n. 5.

(*d*) Traité des propr. n. 4. & suiv.

(*e*) Lebrun, n. 38.

(a) Lebrun, n. 36. & 37. Institut. au Droit Fr. l. 3. ch. 6. Voyez Arrêt du 18. Juin 1687. cité par la Combe, reprise, n. 3.

(b) Lebrun, n. 38.

(c) Traité des propr. n. 29. Lebrun, n. 16. & 17.

(d) Inst. au Droit François, eodem.

tout ce qu'elle aura (a) apporté à la communauté ; car ce terme qui est au futur (b) s'étend à tout ce qui arrive pendant la durée du mariage.

3°. Lorsqu'il est dit que la femme *reprendra* [*], la clause ne s'étend point aux héritiers de la femme, lorsqu'elle prédécede son mari : mais si la femme a survécu (c) à la dissolution de la communauté, le droit de reprendre en renonçant lui ayant été acquis par cette dissolution, ce droit est transmis à ses héritiers, quand même elle seroit morte avant de s'être expliquée si elle accepteroit la communauté (d), ou si elle y renonceroit ; la renonciation que ses héritiers ont faite pour elle après sa mort a un effet rétroactif, elle est donc censée n'avoir point été commune dès le tems même de la dissolution, & par conséquent la condition sous laquelle elle avoit droit de reprenpre, a existé de son vivant.

366. 4°. Si la reprise est stipulée au profit de la femme & des siens

[*] Louet & Brodeau, lettre F. 28. Lalande, sur Orl. art. 206. Lebrun, n. 10. & 11. Traité des propres, n. 23. 24.

(*a*), & que la femme prédécede sans enfans, ses héritiers collatéraux ne pourront exercer la reprise ; car il n'y a que les enfans compris sous le mot de *siens* (*b*). Plusieurs Auteurs prétendent qu'il en seroit de même s'il eût été dit, que *la femme & ses héritiers reprendroient*, & que le terme *d'héritier* ne comprend que les héritiers en ligne directe (*c*), à moins qu'on n'ajoûte *de son côté & ligne.*

(*a*) Lebrun, n. 19.

(*b*) Argou, *ibid.*

(*c*) *Argument. Leg.* 17. §. 8. *D. ad senat. Trebell.*

5°. Lorsque la reprise n'est stipulée qu'au profit des enfans & que la femme qui laisse un enfant a fait un étranger légataire universel, ce légataire ne peut avoir l'action de reprise lorsque l'enfant renonce (*d*) à la succession de sa mere ; car cette action stipulée en faveur des enfans, ne peut être ouverte à leur profit qu'en qualité d'héritiers de leur mere, & comme une action mobiliaire qui fait partie de la succession.

(*d*) Lebrun, n. 17.

L'enfant n'ayant donc point été héritier, la reprise n'a point été ouverte, le légataire universel n'a point trouvé dans la succession cette action qui n'a point été stipulée au profit de la succession indéter-

minément, mais au profit des seuls héritiers, qui à la qualité d'héritiers joindroient celle d'enfans.

Il en seroit des créanciers de la succession de la mere (*a*), comme du légataire; enfin l'action de reprise stipulée au profit des héritiers, tant directs que collatéraux de la femme ne s'étend pas au fisc qui succéderoit à la femme par deshérence ou confiscation, ni aux créanciers de la femme qui excéderoient les droits de la succession vacante.

6°. S'il étoit dit que la femme & ses héritiers collatéraux reprendroient l'apport en cas de renonciation, il y auroit lieu de penser (*b*) que ce terme *collatéraux*, auroit été ajoûté plutôt pour étendre le terme d'héritier aux collatéraux (*c*), que pour exclurre les enfans.

(*a*) Arrêt du 19. Août 1676. Traité des prop. n. 16. 17. & 18.

(*b*) *Argument. Leg.* 6. *Cod. de Just. & subs. &* 30. *Cod. de fidei-comm.*

(*c*) Voyez Arrêt de 1607. cité par Bacq. des droits de Justice, ch. 21. n. 92

SECTION CINQUIÉME.

Du partage de la communauté lorsque la femme l'accepte.

367. QUand la femme accepte la communauté, elle peut en demander la partage; cette ac-

tion de partage renferme l'action de reprise pour ses deniers stipulés propres, l'action de remploi, l'action de récompense.

Reprises.

Lorsqu'un conjoint en se mariant, n'a apporté en communauté qu'une partie des effets mobiliaires qu'il avoit, ou une certaine somme, il n'y a que cette partie de ses effets, ou cette somme, qui soit tombée dans la communauté, le surplus lui est demeuré propre; il est donc créancier de la communauté de la somme à laquelle monte le surplus, & il doit la reprendre lors de la dissolution de communauté, avec les intérêts depuis ledit tems.

Si lors du mariage les conjoints n'avoient fait aucune estimation, ou peut-être même aucun Inventaire de leurs effets mobiliaires, il faudroit avoir égard à la commune renommée pour fixer la somme à laquelle leur mobiliaire montoit; il est d'usage de permettre en ce cas de faire une Enquête de commune renommée.

368. La loi au moment du contrat de mariage ayant fixé précisé-

ment & d'une maniere immuable les droits réciproques des conjoints, & ayant distingué soigneusement ceux de leurs biens qui devoient tomber dans la communauté, d'avec ceux qui devoient leur demeurer propres, n'a pas voulu que cet ordre qu'elle établissoit, pût être changé par les différens évenemens qui pourroient survenir pendant le mariage, en vain auroit-elle exclus de la communauté les biens propres des conjoints (*a*), s'ils pouvoient y rentrer par des aliénations qui en feroient tomber le prix dans la communauté; c'est la suite des regles fondamentales de ce titre.

(*a*) Inst. au Droit François, l. 3. ch. 12.

D'ailleurs c'est une loi naturelle des sociétés, que les associés se fassent raison les uns aux autres, soit des fonds de la société que l'un d'eux aura employés à ses usages propres (*b*), soit des fonds propres (*c*) de quelqu'un d'eux, qui auront été employés au profit de la société, de peur qu'ils ne s'enrichissent par la perte l'un de l'autre.

(*b*) Domat, l. 1. tit. 8. §. 4. n. 17. *Leg.* 60. *D. pro socio.* *Leg.* 1. §. 2. *D. de usur.*

(*c*) Domat, n. 15. *Leg.* 67. §. 2. *D. pro socio.*

Ainsi, ni la communauté ne peut s'avantager aux dépens des conjoints, ni les conjoints s'avantager aux dépens de la communauté (*d*).

(*d*) Paris, art. 282. Orl. 260. & Comment.

La premiere partie de cette regle, est la source de toutes les décisions sur les remplois; de la seconde naissent tous les cas de récompense.

Remplois.

369. Chacun des conjoints, lors de la dissolution du mariage, reprend ses héritages (*a*) & ses rentes propres : si quelqu'un des héritages avoit été vendu durant le mariage, ou quelqu'une des rentes amortie (*b*), celui des conjoints à qui ils appartenoient, ou ses héritiers, en reprendront le prix qui seroit entré dans la communauté, avec les intérêts depuis le jour de la dissolution (*c*); c'est ce qu'on appelle remplois de propres : on n'auroit aucun égard à l'estimation donnée par le contrat de mariage à l'héritage, car la communauté ne doit rendre que ce qu'elle a reçu effectivement (*d*).

Lorsque l'héritage de l'un des conjoints a été aliéné durant le mariage, moyennant une rente viagere, le remploi n'est que de ce dont la rente viagere a excédé, pendant tout le tems que le mariage a duré, le revenu qu'auroit pro-

(*a*) Bourb. art. 247. Lebrun, l. 3. ch. 2. §. 1. dist. 1. n. 1.

(*b*) Paris, art. 232. Orl. 192.

(*c*) Lebrun, n. 11. *Arg. Leg. unic.* §. 7. *Cod. de rei uxor. act.*

(*d*) Domat, art. 14.

duit cet héritage ; car c'est tout ce dont la communauté a profité de cette aliénation.

Réciproquement, lorsque l'un des conjoints a vendu un usufruit, ou autre bien viager qui lui étoit propre, moyennant une somme d'argent ; le remploi ne doit pas être de toute cette somme d'argent, il en faut déduire ce dont les revenus de cet usufruit auroient excédé les intérêts de la somme reçue, pendant tout le tems que le mariage a duré ; car la communauté n'a profité de la somme qu'elle a reçue que sous cette déduction, puisque les revenus de cet usufruit auroient dû tomber dans la communauté.

Le mari doit à sa femme le remploi, non-seulement de ce qu'il a reçu, mais même quelquefois de ce qu'il n'a pas reçu lorsqu'il auroit dû le recevoir : si, par exemple, il a laissé prescrire les sommes dûes à sa femme pour le prix de son propre aliéné (*a*), ou négligé de faire payer le débiteur, qui est devenu depuis insolvable (*b*).

Il doit aussi l'indemniser des détériorations arrivées par sa faute sur l'héritage de sa femme (*c*), espece

(*a*) Lebrun, n. 22. *Leg.* 16. *D de fund. dot.*

(*b*) *Leg.* 33. *&* 71. *D. de Jur. dot.*

(*c*) *Argu-*

de remploi où l'assujettit la qualité *ment. Leg.*
d'administrateur. 17. *D. eod.*

Les reprises & remplois de pro- 17 Domat,
pres du mari, ne sont dûs que par tit. 9. §. 3.
la communauté (*a*): mais la fem- art. 2.
me peut exercer ces créances sub- (*a*) Paris,
sidiairement sur les propres de son art. 226.
mari (*b*), quand les biens de la Institut. au
communauté ne suffisent pas; c'est Droit Fr.
encore une suite de la qualité d'ad- l. 3. ch. 12.
ministrateur. (*b*) Laland. sur Orl. 192.

Récompenses.

370. Pour que l'action de récompense ait lieu, deux choses doivent concourir, que le conjoint profite (*c*), & qu'il en coûte à la commu- (*c*) *Argu-*
nauté. *ment. Leg.*

De-là il suit: 1°. Que si le con- 58. §. 6. *D.*
joint fait un bâtiment (*d*), ou d'au- *pro socio.*
tres améliorations, ou des répara- (*d*) Regle
tions nécessaires sur son propre, du Droit
ou paye une de ses dettes propres Fr. art. 45.
des deniers de la communauté (*e*), (*e*) Orl.
il en doit récompense: mais il n'en art. 189. &
devroit point, si tout cela avoit été 190.
fait des deniers fournis libéralement par un tiers (*f*), parce qu'il (*f*) Inst.
n'en coûte rien alors à la commu- au Droit
nauté. François,

2°. *S'il a été fait dans le propre* l. 3. ch. 4.

du conjoint (a) une nouvelle plantation, qui n'ait coûté que six mille livres, & qui l'ait rendu plus précieux de dix mille livres, la récompense ne sera que de six mille livres : si au contraire il en a coûté dix mille livres à la communauté, & que l'héritage ne soit devenu plus précieux que de six mille livres, la récompense ne sera que de six mille livres.

(a) Renn. part. 2. ch. 3. n. 11. Lebrun, l. 3. ch. 2. §. 1. dist. 7.

3°. Dans les impenses nécessaires (b), la récompense s'estime eu égard au tems que l'impense a été faite, & est par conséquent de tout ce qu'il en a coûté, ou au moins de ce qu'il en a dû coûter pour la faire; le conjoint ne cesse pas même de la devoir, quoique la Maison ou les réparations nécessaires ont été faites (c), vienne, par exemple, à être brûlée dans la suite ; car puisque cette impense étoit nécessaire, le conjoint eût été obligé de la faire de son propre fonds, si elle n'eût pas été faite du fonds commun ; il profite donc toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté, parce qu'elle lui a épargné son propre bien (d).

(b) Lebrun, n. 12. & 13. *Leg. 7. §. ult. D. sol. matrim.*

(c) *Leg. 4. D. de imp. in rei dot. fact. Leg. 38. D. de hæred. petit.*

(d) Lebrun, n. 18.

4°. Les impenses purement voluptuaires

luptuaires faites sur le propre de l'un des conjoints, ne produisant aucun profit ne donnent lieu à aucune récompense (*a*). Il en est de même des impenses de simple entretien, parce que ce sont des charges de la jouissance qui appartient à la communauté (*b*).

(*a*) *Leg.* 5. §. 1. *D. de donat. inter vir & uxor.*

(*b*) *Leg.* 3. §. 1. *D. de imp. in rei dot. fact.* Domat, tit. 9. §. 3. art. 14.

5°. Lorsqu'une rente que devoit l'un des conjoints a été remboursée des deniers de la communauté, la récompense consiste en ce que la rente revit (*c*) contre ce conjoint au profit de la communauté, dont elle devient conquêt.

(*c*) Paris, art. 244. & 245.

371. 6°. Comme c'est à la communauté que sont dûes ces récompenses, il s'ensuit qu'elles doivent diminuer de plein droit, jusqu'à dûe concurrence (*d*), les reprises & remplois des propres dûs par la communauté au conjoint débiteur de ces récompenses.

(*d*) Lebrun, §. 6. dist 1. Regle du Droit Fr. art. 44.

Si les récompenses montoient plus haut que les reprises & remplois des propres, ou même si le conjoint qui en est débiteur n'avoit aucunes reprises à exercer contre la communauté, il feroit confusion sur lui de la moitié de ce qu'il doit (*e*) à la communauté, pour cette

(*e*) Renn. n. 17. & suiv.

récompense ; parce qu'il lui appartient moitié dans la communauté, il devra l'autre moitié à l'autre conjoint ; c'est pour cela que ces récompenses sont nommées récompenses du mi-denier.

7°. Mais quand la femme ou ses héritiers renoncent à la communauté ; si c'est le mari qui doit la récompense (*a*), il fait confusion sur lui du total & ne doit rien à sa femme, qui, au moyen de sa renonciation, n'a rien à prétendre dans la communauté (*b*) ; au contraire, si c'est la femme qui doit la récompense, elle ne fait confusion de rien sur elle, lorsqu'elle a renoncé à la communauté (*c*), elle doit le total à son mari.

Il en seroit de même s'il étoit porté par le contrat de mariage, que la femme remporteroit une somme fixe, pour tout droit de communauté (*d*).

372. Lorsque le mari survivant se trouve revêtu d'un Office acquis pendant la communauté, il peut le retenir (*e*) en rendant aux héritiers de sa femme, la moitié du prix pour lequel il l'avoit acquis : mais il n'est point obligé de leur faire rai-

(*a*) Renn. n. 24.

(*b*) Ord. art. 206.

(*c*) Inst. au Droit franç. p. 43.

(*d*) Lebrun, l. 3. ch. 5.

(*e*) Lalande, sur Orl. art. 186.

ſon de ce qu'il en a coûté pour les provisions & la réception. (*a*), ni même pour les taxes, si ce n'eſt pour celles qui ont augmenté la finance de l'Office (*b*), car alors il profiteroit aux dépens de la communauté.

Ce droit qu'a le mari de retenir l'Office, étant établi en ſa faveur (*c*) par une raiſon de bienſéance publique, qui ne permet pas qu'un Officier ſoit dépouillé de ſa Charge, il peut à ſon choix uſer de ce droit (*d*), ou n'en pas uſer : ainſi ſi avant qu'il ſe ſoit expliqué là-deſſus l'Office venoit à être ſupprimé, la perte tomberoit ſur la communauté ; cependant s'il l'avoit gardé un tems conſidérable (*e*), on pourroit préſumer qu'il avoit tacitement opté de le retenir.

Les prélevemens faits & les récompenſes acquitées, il ne reſte plus qu'à partager les effets de la communauté ; ce partage ſe fait en la même forme, ſuit les mêmes regles & a les mêmes effets que les autres partages (*f*) ; l'égalité qui doit y régner donne donc lieu à la garantie & à la reſtitution, en cas de léſion, du tiers au quart.

(*a*) Traité des propr. ch. 5. §. 4. n. 38. Lebr. ch. 2. §. 1. diſt. 9.

(*b*) Arrêt du 8. Mars 1683. Lebr. l. 1. ch. 5. §. 2. diſt. 1. n. 48. & 49.

(*c*) Lebrun, n. 41. & ſuiv.

(*d*) Arrêtés de Lamoig. des offices, art. 5.

(*e*) Arrêt du 28. Juil. 1705. Brodeau, ſur Louet, let. E. 2.

(*f*) Lebr. l. 3. ch. 2. §. 6. diſt. 1.

Ainſi finit la communauté entre le mari & la femme, la mort la diſſout toujours : mais elle renaît en quelque ſorte de ſes cendres, & ſe reproduit au même inſtant qu'elle eſt finie, dans le cas qu'on va préſentement expliquer.

TITRE SIXIEME.

De la continuation de communauté entre le ſurvivant des conjoints & les enfans du premier décédé.

373. SI l'un des conjoints vient à mourir, & laiſſe de ſon mariage avec le ſurvivant des enfans mineurs, & que celui-ci manque à faire l'Inventaire des biens de la communauté, la Coutume de Paris (*a*), pour le punir de ſa négligence, ordonne que la communauté continuera entre lui & ſes enfans, ſi bon ſemble aux enfans.

Quand le premier mourant a laiſſé des enfans d'un premier lit, ils ont, à l'aide des enfans du ſecond mariage (*b*), part dans la continuation, comme ils l'avoient dans la communauté, en qualité d'héritiers de leur pere.

(*a*) Art. 240.

(*b*) Inſtit. au Droit franç. l. 3. ch. 3. p. 47.

Il suffit qu'il y ait un enfant mineur (*a*), pour que les majeurs puissent participer à cette continuation ; ils ont ainsi par le moyen de leur frere ; ce qu'ils ne pouvoient avoir de leur chef : ils l'ont même quand l'enfant mineur renonceroit à la continuation de communauté [*] ; car il ne peut par son fait en renonçant, dépouiller ses freres du droit qu'ils ont une fois acquis, de la demander si bon leur semble.

Cette disposition de la Coutume de Paris forme le droit commun, & s'étend dans toutes les Coutumes (*b*) qui n'ont point de dispositions contraires : il faut voir comment se forme cette continuation de communauté, de quels biens elle est composée, par qui elle est gouvernée, comment enfin elle se dissout & se partage.

374. Pour empêcher la continuation de communauté, il faut que le survivant fasse (*c*) un Inventaire solemnel (*d*) & fidele, en pré-

(*a*) Regle du Droit franç. de la continuat. de comm. art. 5.

(*b*) Rennov. de la com. partie 3. ch. 1. n. 13. Lebrun, §. 1. n. 6.

(*c*) Paris, art. 240.

(*d*) Brod. sur Louet, let. C. 30. Lalande, sur Orl. 216. Regle du Droit Fr. art. 3.

[*] *Argument. Leg. 74. & 75. D. de reg. Jur.* Duplessis, sur Paris, art. 240. part. 4. nomb. 1. Voyez Lebrun, de la communauté, liv. 3. ch. 3. §. 2. nomb. 6. & suiv. & Recueil de la Combe, communauté.

fence d'un légitime (a) contradicteur, nommé par le Juge [*] sur un avis de parens, & cet Inventaire doit être clos (b) en Justice dans les trois mois de sa confection : la clôture est l'affirmation faite devant le Juge par le survivant, qu'il n'a omis ni caché dans l'Inventaire aucun des effets de la communauté : cette clôture n'est pas nécessaire (c) dans les Coutumes qui ne requierent aucune solemnité pour cet Inventaire. A Paris, lorsque la clôture n'est faite qu'après les trois mois, la continuation de communauté ne cesse que du jour de la clôture (d), & non du jour de l'Inventaire : mais quand l'Inventaire est fait dans les trois mois du jour de la mort du conjoint prédécédé, & clos dans le terme requis par les Coutumes où cette formalité est nécessaire, il empêche que la continuation de communauté n'ait eu lieu (e); tel est l'usage du Châtelet de Paris, qui doit être étendu aux autres Coutumes.

375. Tous les biens mobiliaires qui faisoient partie de la premiere communauté (f), restent dans la

(a) Paris, art. 240.

(b) Paris, art. 241. Recueil de la Combe, n. 4.

(c) Lalande, sur Orl. art. 196. Institut. au Droit franç p. 50.

(d) Arrêt du 27. Fév. 1627. Renoviere, ch. 2. n. 15. & suiv.

(e) Inst. au Droit franç. p. 50. & 51 Lebr. §. 3. n. 20.

(f) Lebr. n. 1. Instit. au Droit françois, p. 53.

[*] Recueil de la Combe, nombre 3.

continuation : mais les conquêts immeubles qui la composoient en sont tirés, & deviennent propres au survivant pour moitié (*a*), & aux enfans pour l'autre moitié.

Entre les biens qui adviennent au survivant pendant cette continuation, il n'y a que ceux qui, aux termes de la loi municipale, seroient entrés dans la premiere communauté, si elle eût encore été subsistante, qui tombent (*b*) dans la continuation.

Il n'en est pas de même des enfans, il ne tombe de leur part dans la continuation (*c*), outre les meubles de la premiere communauté, que les fruits & revenus de tous les biens qui leur sont échus de la succession du prédécédé : mais ce qu'ils avoient d'ailleurs & tout ce qu'ils acquierent, à quelque titre que ce soit pendant la continuation, n'y tombe ni pour les fonds (*d*) ni pour les revenus, encore même qu'ils l'eussent acquis des deniers (*e*) de la continuation, à moins qu'ils ne l'eussent acquis au nom & pour le compte de cette société continuée.

376. Les charges de la continuation sont : 1°. Les dettes mobiliaires

(*a*) Laland. *ibid.* Renn. ch. 3. n. 6. & 7. Lebr. nomb. 2. & suiv.

(*b*) Renn. n. 11. & suiv. Lebr. n 10. & suiv.

(*a*) Regle du Droit franç. art. 11.

(*d*) Art. 12.

(*e*) *Argum. Leg. 8. Cod. si quis alteri vel sibi.*

(a) Regle du Droit François, art. 13.
(b) Renn. n. 37.
(c) Lebrun, n. 1.

(a) de la premiere communauté, dans lesquelles on doit comprendre les reprises & remplois (b) dûs à l'un ou à l'autre des conjoints, & le préciput (c) du survivant.

(d) Lebrun, §. 4. dist. 1. n. 6. & 7.

2°. Les arrérages des rentes constituées, soit de celles qui étoient dûes par la premiere communauté, soit de celles qui étoient dûes séparément par chacun des deux conjoints, lesquels échéent (d) durant la continuation.

(e) Laland. ibid. p. 253. & 254. *Leg.* 14. *D. de pactis.*
(f) Lebr. n. 2.

3°. Toutes les dettes que contracte le survivant, pendant la continuation, pourvu néanmoins qu'elles puissent être présumées (e) contractées pour les affaires de cette société continuée; car le survivant n'en est pas Seigneur, comme le mari l'est de la communauté (f), il n'en est qu'administrateur libre.

(g) *Leg.* 52. §. 17. *D. de pro socio.*
(h) Lebrun, §. 3. dist. 1. n. 41. & 42.
(i) *Argum. Leg.* 5. *Cod. de reb. alt. non alien.*

De-là il résulte que la continuation de communauté, n'est point chargée des dettes qui proviennent d'un délit (g) commis par le survivant; de celles qu'il a contractées par pure libéralité (h); celles qu'il doit pour raison de sa mauvaise administration (i), dans les affaires dont il étoit chargé, la garantie qu'il devroit à celui à qui il auroit

vendu

vendu des propres de ses enfans (*a*).

La continuation n'est point aussi chargée des dettes que les enfans contractent durant cette continuation qu'ils ne peuvent obliger (*b*), parce qu'ils n'en ont point l'administration : de même si le survivant a payé les frais funéraires du prédécedé & les legs par lui faits, il lui en est dû recompense par ses enfans, car ce sont des dettes particulieres de la succession du prédécedé (*c*).

Outre les dettes, la continuation de communauté est encore chargée de nourrir & entretenir le survivant & ses enfans (*d*) : mais celui qui n'auroit pas vécu aux dépens de la société, ne pourroit rien prétendre pour cela (*e*), parce qu'il ne tenoit qu'à lui d'y vivre comme les autres.

377. Le survivant est le chef de la continuation (*f*), & pour disposer de tout ce qui la compose, pourvû que ce ne soit pas à titre gratuit ; ce pouvoir d'administrateur va jusqu'à lui donner le droit d'associer à la société des tiers : c'est sur ce fondement que la Coutume de Paris (*g*) ordonne que si le

(*a*) *Leg.* 28. 17. *D. pro socio.* Voy. Domat, des loix civil. l. 1. tit. 8. §. 4. n. 16. Lebrun, §. 4. dist. 1. n. 11.

(*b*) Regle du Droit franç. art. 13. Voyez Lebrun, §. 4. dist. 1. n. 17.

(*c*) Regle du Droit franç. art. 14.

(*d*) Renn. n. 35. Lebrun, n. 15.

(*e*) Voyez Recueil de la Combe, n. 12.

(*f*) Inst. au Droit franç p. 56. Regle du Droit Fr. art. 9.

(*g*) Art. 242.

ſurvivant ſe remarie, la communauté continue par tiers, tellement que les enfans en ont un tiers, le mari & la femme chacun un autre tiers.

S'ils avoient de part & d'autre des enfans mineurs d'un précédent mariage, & qu'ils n'euſſent pas fait d'inventaire, la communauté continueroit par quart; & elle ſe multiplie s'il y a un plus grand nombre de divers lits, les enfans de chaque mariage faiſant une tête dans la communauté.

Il y a néanmoins des choſes qui demeurent communes entre le ſurvivant qui ſe remarie & ſes enfans du premier lit, auxquelles la ſeconde femme ou le ſecond mari (*a*) n'a point de part: tels ſont, 1°. les immeubles acquis par le ſurvivant entre le décès du prédécedé (*b*) & le ſecond mariage: 2°. les meubles qu'il s'eſt réſervé propres (*c*) par le ſecond contrat de mariage: 3°. les dettes de la continuation (*d*), lorſque le ſecond contrat porte la clauſe de ſéparation de dettes.

Il y a auſſi des choſes qui ſont communes entre le ſurvivant & ſon ſecond conjoint, auxquelles les en-

(*a*) Lebrun, §. 4. diſt. 2. n. 10.

(*b*) Renn. part. 4. ch. 1. n. 22. Lalande, p. 250. Lebr. n. 7. 17. & ſuiv.

(*c*) Renn. n. 10.

(*d*) Renn. n. 26. & ſuiv. Voyez Lebrun, §. 4. diſt. 2. n. 8. & ſuiv.

fans du premier lit n'ont point de part : ainsi, par exemple, les actions que la femme survivante avoit contre ses enfans pour ses reprises (*a*) & remplois, lui sont propres vis-à-vis d'eux, quoiqu'elles soient communes entr'elle & son second mari si elle ne se les est réservées propres.

Il en est de même des dettes contractées durant le second mariage, & qui sont de nature à ne pouvoir pas être présumées contractées pour les affaires de la société, continuée avec les enfans du premier lit ; car cette société qui se forme par tiers ou par quart, est considérée, à l'égard des nouveaux conjoints (*b*), comme communauté entre mari & femme, dont le mari est Seigneur : mais à l'égard des enfans du premier lit, elle n'est regardée que comme simple société, dont le mari n'est que libre administrateur (*c*).

De-là vient que si le mari donne un des effets de cette société, la donation vaudra pour la portion de sa femme (*d*) & de lui : mais elle ne vaudra pas pour la portion des enfans du survivant (*e*).

(*a*) Voyez Lebrun, §. 3. dist. 1. n. 34. & suiv.

(*b*) Laland. p. 251. col. 1.

(*c*) Voyez ci-dessus, n. 380.

(*d*) Paris, art. 225. Orl. 193.

(*e*) Laland. p. 253.

Dans cette communauté continuée par tiers ou par quart le chef de la continuation est celui qui l'est de la nouvelle communauté (*a*); c'est donc toujours le mari qui peut même la faire cesser quand il jugera à propos (*b*), sans que la mere des enfans puisse l'empêcher.

378. La continuation de communauté se dissout toujours par la mort naturelle ou civile du survivant (*c*), & par la mort de tous les enfans décédés sans enfans (*d*): mais la mort de quelqu'un d'eux ne la dissout pas comme dans les autres sociétés (*e*); car les enfans ne composent tous qu'une même tête dans cette société; la part de ceux qui meurent accroît aux autres (*f*), parce que la Loi appelle conjointement & solidairement tous les enfans qui acceptent la continuation, & ils ne font de part entr'eux que par leur concours (*g*); le survivant ne succede donc point à ses enfans qui décédent pendant la continuation de communauté dans les biens qui en dépendent (*h*).

Si l'enfant avoit laissé des enfans, ils le représenteroient dans la continuation (*i*), & prendroient

(*a*) Lebrun, §. 3. dist. 2. n. 11. & 12. Renn. n. 33.
(*b*) Renn. n. 29. & 30. Lebrun, n. 4.
(*c*) Renn. part. 4. ch. 2.
(*d*) Paris, art. 243. & Comment. sur icelui.
(*e*) Lebrun, §. 5. n. 1.
(*f*) Paris, art. 243.
(*g*) Inst. au Droit franç. p. 54.
(*h*) Lebrun, *ibid.* Renn. part. 3. ch. 4.
(*i*) Renn. nombre 16. Institut. au Droit Fr. *ibid.*

la même part qu'y eût pris leur pere s'il eût vécu : c'est une question si la faculté de demander la continuation de communauté, qui a appartenu à un enfant mineur, est transmissible à ses héritiers collatéraux, ses légataires & ses créanciers, & n'est pas éteinte par son décès : le sentiment le plus raisonnable est que cette continuation, étant une peine contre le survivant, est personnelle aux enfans (*a*), & ne se transmet point aux étrangers.

379. La continuation de communauté se dissout aussi, lorsque le survivant ou ses enfans ne veulent pas être en société (*b*) : mais dans la Coutume de Paris, la volonté seule ne suffit pas, il faut un inventaire clos en justice (*c*), s'il y a encore quelqu'un des enfans qui soit mineur : mais s'ils étoient tous majeurs, il suffiroit d'un partage contre lequel ils ne pussent revenir (*d*). Il seroit tel, s'il étoit précédé d'un inventaire tel quel, pourvû qu'il constatât suffisamment les effets communs (*e*).

Si l'inventaire fait avec les mineurs n'avoit pas été fait dans les regles, les mineurs seuls pourroient

(*a*) Notes sur Argou, p. 48. Voy. Recueil. de la Combe, n. 15.

(*b*) Orl. art. 216. Lalande, sur icelui.

(*c*) Paris, art. 242.

(*d*) Renn. part. 3. ch. 2. n. 23. institut. au Droit Fr. p. 52.

(*e*) Voyez Lebrun, §. 1. n. 16. & 24.

opposer le défaut, le survivant n'y seroit pas recevable.

380. Le mariage des enfans qui sont mariés & dotés pendant la continuation ne la dissout pas (*a*); il les oblige seulement de rapporter au partage futur de la société continuée (*b*), la dot qui en a été tirée : si elle se trouvoit monter plus haut que leur part héréditaire, on diminueroit le surplus au survivant sur sa part (*c*); car il n'a pu donner ce surplus que du sien, & il n'a pu diminuer les parts des autres dans la société.

(*a*) Lebrun, §. 6. n. 4. Lalande. p. 252.

(*b*) Renn. ch. 6. n. 1. & suiv. Institut. au Droit françois, p. 57.

(*c*) Renn. n. 7.

Mais les intérêts de la dot, à moins qu'elle ne soit excessive, ne se rapportent point (*d*) : on les compense avec les alimens & l'entretien que la société auroit été obligée de fournir aux enfans, s'ils n'eussent pas été mariés.

(*d*) Regle du Droit franç. art. 6.

381. Les enfans, soit mineurs, soit majeurs, qui se trouvent en continuation de communauté, sont les maîtres de l'accepter, ou d'y renoncer (*e*), & de s'en tenir à la communauté en l'état qu'elle s'est trouvée lors de la mort du prédécedé ; ils ont dans ce cas (*f*) la liberté de vérifier la consistance, la

(*e*) Paris, art. 240. Orl. 216. & Comm.

(*f*) Regle du Droit franç. art. 4.

quantité & qualité des effets qui la composent, tant par titres que par témoins, & par la commune renommée, ils auroient même (a), si c'étoit la femme qui fût prédécedée, la faculté de renoncer à cette premiere communauté.

Les enfans ne peuvent diviser leur droit ; il faut qu'ils prennent la continuation de communauté pour le total, ou qu'ils y renoncent pour le total (b) : ils ne pourroient pas même l'accepter pour le tems qui auroit couru jusqu'au second mariage (c), & y renoncer pour le tems qui auroit couru depuis ; car ce n'est toujours, à l'égard du survivant & de ses enfans du premier lit, qu'une même société à laquelle le survivant a associé un tiers suivant le droit qu'il en avoit.

Il y a cependant de la difficulté pour le cas où la continuation se trouveroit avantageuse aux enfans, lors du second mariage de leur mere, à cause du droit qu'elle a de renoncer à la communauté, qui doit aussi profiter à ses enfans (d).

382. L'effet de la renonciation des enfans à la continuation de communauté, est de leur donner

(a) Orl. art. 204.

(b) Inst. au Droit Fr. p. 47. Regle du Droit Fr. art. 10.

(c) Renn. part. 4. ch. 1. n. 38. & suiv.

(d) Ord. art. 204. Renn. n. 35. 36. & 37.

action contre le survivant, pour qu'il ait à leur rendre compte (*a*), tant des fonds que des revenus des biens dont la succession du prédécédé étoit composée : mais aussi ils ne peuvent prétendre aucune part dans les acquisitions faites par le survivant, depuis la mort du prédécédé (*b*) ; ils ne sont point non plus tenus des dettes qu'il a contractées depuis ce tems (*c*).

383. Quand les enfans acceptent la continuation, il faut la partager; ils doivent alors rapporter à la masse de cette société, & précompter sur leur part les deniers qu'ils ont empruntés de la société, ainsi que ceux qui leur ont été donnés (*d*).

On doit encore ajouter à la masse active de la société, les sommes dont les conjoints étoient débiteurs envers la communauté (*e*), aussi bien que celles dont le survivant ou ses enfans sont devenus débiteurs envers la société (*f*), pour récompense des sommes qui en auroient été tirées pour les appliquer à leur profit (*g*), à faire, par exemple, des augmentations sur leurs héritages propres, ou à acquitter leurs dettes propres.

(*a*) Lebrun, §. 4. dist. 1. n. 15.

(*b*) Lebrun, §. 5. n. 21.

(*c*) *Argument. Leg.* 10. *D. de reg. jur.*

(*d*) Renn. part. 3. ch. 6. Lebrun, §. 6.

(*e*) Renn. ch. 3. n. 37.

(*f*) Lebr. §. 4. dist. 1.

(*g*) Domat. des Loix civil. tit. 8. §. 4. art. 5.

Ces récompenses doivent se compenser (*a*) jusqu'à dûe concurrence, avec les reprises qu'ils auroient à exercer sur la continuation; ces reprises sont les mêmes que celles qu'ils avoient contre la communauté.

(*a*) *Argum. Leg.* 10. *D. de compens. &* 4 *&* 14. *Cod. eod.*

Outre cela, si pendant la continuation il a été vendu quelque propre, soit du survivant (*b*), soit des enfans, cela forme encore des reprises à leur profit, aussi-bien que le mobiliaire que le survivant auroit touché des successions échûes à ses enfans.

(*b*) Lebrun, §. 3. dist. 1. n. 23. obs. sur Laland. Orl. art. 216.

Ces rapports faits & ces reprises exercées, les mêmes choses s'observent pour le partage de la continuation que pour celui de la communauté : mais la femme qui a survécu est tenue indéfiniment de la moitié des dettes (*c*) ; la continuation qui l'a rendue chef de la communauté, a fait cesser le privilége qu'elle avoit de n'être tenue que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amendoit.

(*c*) Voyez Lebrun, §. 4. dist. 1. n. 12. & suiv. & dist 2. n. 2. & 3

384. Lorsqu'entre les enfans, les uns renoncent à la continuation de communauté, les autres l'acceptent, le droit d'accroissement n'a point lieu au profit des acceptans (*d*),

(*d*) Arrêt du 6. Sept 1687. J. du Palais. V. Renn. part 3. ch. 4. n 26. & suiv Lebrun, §. 5. n. 13 & suiv.

parce qu'il arriveroit de-là que le enfans prendroient deux fois la même part au préjudice du survivant.

D'ailleurs, ce droit d'accroisse ment étant une peine établie dan un cas par la Coutume, ne do point être étendu à d'autres cas les enfans qui acceptent ne doiven donc avoir, dans la continuation qu'une part proportionnée à c qu'ils y ont apporté, qui est l mobiliaire de la premiere commu nauté.

Ainsi quand il y a trois enfans dont l'un renonce & deux accep tent, comme le survivant avo trois sixiemes dans la communaut contre chacun d'eux un sixieme la part du survivant dans la socié qui reste entre lui & les deux ac ceptans, doit être de ce que tro est à deux; il doit donc y avoir tro cinquiemes, & les deux accepta chacun un cinquieme (*a*).

(*a*) Differt. de Lausiere, juste Cout.

A l'égard de ce qui est dû au re nonçant pour sa portion dans l biens & revenus de la successio du prédécédé, c'est une dette d la société continuée, au payeme de laquelle, ainsi que de toutes l autres, le survivant & les accepta

contribuent chacun pour les parts qu'ils ont dans la société (*a*).

Il est clair que l'aîné ne peut prétendre aucune prérogative d'aînesse dans la moitié qui revient aux enfans, des conquêts de la continuation (*b*) ; car l'aîné n'a de prérogative que dans les biens de la succession du défunt, & les conquêts n'en sont pas, puisqu'ils n'ont été acquis que depuis sa mort.

385. On vient d'expliquer le Droit Commun sur la continuation de communauté, la Coutume d'Orléans a des principes biens différens. La continuation de communauté n'y est point une peine (*c*) contre le survivant, c'est une société tacite que la Coutume, suivant un vieil usage du Droit françois (*d*), présume contractée entre ceux qui laissent leurs biens mêlés ensemble. De ce principe on a conclu, dans cette Coutume, 1°. Que la communauté continue non-seulement avec les enfans, soit mineurs (*e*), soit majeurs, mais même entre le survivant & les héritiers collatéraux du prédécédé.

2°. Que si les héritiers meurent avant le survivant, quand même

(*a*) Domat, l. 1. tit. 8. §. 1. art. 5. & §. 3. art. 10.

(*b*) Ord. art. 216. & Lalande, sur icelui. Comment. sur Paris, art. 240. Dum. sur l'ancienne Coutume d'Orl. art. 282.

(*c*) Nouv. notes sur Orl. art. 216. n. 4.

(*d*) Laland. sur Orl. art. 213.

(*e*) Ord. art. 216.

ils mourroient tous, la communauté continueroit avec leurs héritiers; car c'est moins la personne des héritiers, que l'hoirie & succession du prédécedé, qui fait une tête avec le survivant dans cette société qu'on appelle continuée, non que ce soit la même qui a été entre le survivant & le prédécedé, mais parce qu'elle lui succéde sans aucun intervalle de tems.

3°. Qu'elle n'a point lieu entre nobles (*a*), lorsque le survivant a la garde-noble de ses enfans, parce qu'absorbant alors tous les meubles de ses enfans, ils n'ont plus rien à apporter de leur côté dans la société; d'où il suit qu'entre non-nobles même, si le survivant étoit donataire des meubles & acquêts de la communauté, elle ne continueroit plus: mais entre nobles même, si les enfans sont hors de garde, la communauté continue comme entre roturiers (*b*).

4°. Qu'il suffit pour empêcher la continuation que le survivant & les héritiers du prédécédé disposent entr'eux (*c*), par quelque acte que ce soit, que cette continuation n'aura pas lieu: si néanmoins les enfans

(*a*) Ord. *ibid.* & premiere note sur icelui.

(*b*) Voyez Lalande, sur ledit. art. 216. *in princip.* & observ. sur icelui.

(*c*) Orl. art. 216. & 217.

du prédécédé étoient mineurs, il faudroit ou pour l'empêcher de naître, ou pour la dissoudre (*a*), un Inventaire fait en présence d'un légitime contradicteur; mais la clôture ne seroit pas nécessaire.

5°. Que toutes les choses que le survivant acquiert par succession, dons & legs pendant la continuation n'y tombent point (*b*), parce qu'on ne peut présumer qu'elles soient acquises, ni des deniers communs, ni des gains des associés.

6°. Que la part, que les enfans qui meurent avoient dans la continuation, n'accroît point aux autres enfans, à l'exception néanmoins du mobiliaire qui y demeure, si le survivant ne fait inventaire ou partage dans l'année que la succession de son enfant lui est échue (*c*).

7°. Que lorsqu'entre les enfans du prédécédé, les uns étoient mineurs & les autres majeurs, quand la société a commencé, le mineur ne communique point au majeur le droit qu'il y a d'y renoncer (*d*); car ce n'est que *in individuis*, que le mineur releve le majeur, & le droit qu'ils ont tous dans cette continuation, est très-divisible; les ma-

(*a*) Arrêt du 6. Janv. 1623. Lal. *ibid* p. 252. Nouvelles notes, art. 216. n. 2.

(*b*) Orl. art. 217.

(*c*) Orl. art. 217. Comment. & notes sur icelui.

(*d*) Orl. art. 217. *in fine.*

jeurs doivent donc s'imputer de l'avoir laissée contracter, puisqu'ils avoient le pouvoir de la faire cesser.

Il en est autrement sur tous les points dans la Coutume de Paris. & par conséquent aux termes du droit commun.

TITRE SEPTIEME.

De l'augment & du douaire.

386. LE droit Romain, ainsi que le droit coutumier, ont accordé aux veuves un gain de survie pour leur aider à s'entretenir suivant leur qualité. Ce gain de survie s'appelle *augment* dans les pays de droit écrit, & *douaire* dans les pays coutumiers ; il est fort différent dans les uns & dans les autres.

L'augment dans les premiers est fixé à la moitié de la dot, quand elle est en argent, & au tiers quand elle est en immeubles (*a*) ; il a succédé à la donation à cause de noces, établie par Justinien (*b*).

Avant même cet Empereur, suivant les loix Romaines, non-seulement la femme fournissoit une dot

(*a*) Observ. sur le 18e plaidoyer d'Henris.

(*b*) *Nov. 97. cap.* 1.

pour acquitter les charges du mariage, mais encore le mari affectoit une portion de ses biens pour employer au même usage; de sorte que quand la femme l'obligeoit à lui restituer sa dot à cause de sa dissipation, il devoit encore lui remettre les biens qui devoient contribuer à la nourriture & à l'entretien de la famille.

Il étoit d'usage d'accorder à la femme, sur les biens qui formoient ce qu'on appelloit donations à cause de noces, le même gain de survie que le mari avoit sur la dot (*a*).

Dans les Provinces du Droit Ecrit qui sont du Ressort du Parlement de Paris, l'augment a lieu sans stipulation, & les intérêts en courent du jour du décès du mari. En quelques autres Parlemens, on exige une Demande formée en Justice par la veuve (*b*).

Ce droit étant accordé comme libéralité, & en vertu d'une convention présumée, on le compte parmi les avantages sujets à la réduction (*c*) portée par l'Edit des secondes Noces.

Les enfans n'y ont de droit que lorsqu'il a été acquis à leur mere,

(*a*) Voyez *Pandect. Justin. ord. Dig. tit. de Jur. dot.*

(*b*) *Nov.* 2. *cap.* 4. Henris, t. 1. l. 4. quest. 10. & 15. Despeisses, Boniface.

(*c*) Henris & Bretonn. t. 1. l. 4. quest. 107.

c'est-à-dire, lorsqu'elle a survécu son mari (*a*). Il n'en est pas comme du douaire dans les Coutumes où il est propre aux enfans, auxquels il appartient du jour de la Bénédiction Nuptiale.

Il y a encore dans les pays de Droit Ecrit, un autre gain de survie, qu'on appelle *bagues & joyaux*: dans le Ressort du Parlement de Paris, ils sont fixés au dixieme ou vingtieme de la dot (*b*), suivant la qualité des personnes, lorsqu'ils ne sont pas stipulés par le contrat de mariage; mais dans les autres Parlemens de Droit Ecrit, ils n'ont point lieu sans stipulation.

La femme est tenue de réserver à ses enfans (*c*) ses gains nuptiaux: mais lorsqu'elle ne se remarie pas, elle peut disposer d'une portion virile, c'est-à-dire, d'une part égale à celle de ses enfans; si elle se remarioit, elle perdroit la propriété du total qui seroit acquise dans l'instant à ses enfans, elle n'en auroit plus que la jouissance.

387. Le douaire est un droit accordé à la femme en cas de survie, sur les biens de son mari, dont le fonds dans plusieurs Coutumes forme

(*a*) Argou, Inst. tit. de l'augment & du douaire. Henris. t. 2. l. 4. quest. 1.

(*b*) Henris & Bretonn. t. 1. l. 5. quest. 66.

(*c*) *Nov.* 98. *cap.* 1. 127. *cap.* 3. 27. *cap.* 25.

me une légitime au profit des enfans contre les créanciers postérieurs au mariage (*a*).

Il faut voir en quoi il consiste, quelles en sont les charges, quand l'action en est ouverte, & quand il finit.

Le douaire Coutumier est une portion en usufruit (*b*), que la loi accorde à la veuve dans les biens de son mari; l'origine de ce douaire vient vraisemblablement des anciennes moeurs des François & surtout de la loi Salique, qui n'admettoient aux successions que les mâles.

Une femme suivant ces moeurs n'ayant point de biens de son chef, il falloit que la loi lui donnât dans les biens de son défunt mari de quoi subsister.

Le douaire conventionnel est celui dont on convient par le traité de mariage, ce douaire (*c*) fait cesser le Coutumier; car la loi n'est censée accorder douaire qu'au défaut de celui-là, c'est un des cas où *per provisionem hominis cessat provisio legis*.

Les Parties (*d*) pourroient même convenir que la femme n'auroit ni douaire préfix, ni coutumier.

(*a*) Paris, art. 249. Melun, art. 235.

(*b*) Voyez Lalande, sur Orl. tit. 12.

(*c*) Paris, art. 247. Orl. art. 219.

(*d*) Arrêt du mois de Janv. 1606. Ricard, sur Paris. art. 247.

388. Le douaire coutumier se prend non-seulement sur les héritages, mais encore sur les rentes constituées (*a*), que le mari avoit lorsqu'il s'est marié, à moins qu'il n'ait ameubli les uns ou les autres ; car étant alors réputés conquêts par rapport à la femme (*b*), elle ne peut plus y prétendre de douaire.

Les Offices, quoiqu'ils soient en toute autre matiere (*c*) regardés comme immeubles, ne sont néanmoins sujets à ce douaire que subsidiairement (*d*), c'est-à-dire, à défaut d'autres immeubles.

Les propres conventionnels (*e*), que forment les stipulations de propres ou autres semblables, qui se trouvent dans les contrats de mariage, ne sont point non plus sujets au douaire, la fiction devant être bornée au cas précis pour lequel elle a été stipulée.

389. Non-seulement les immeubles que le mari possédoit lors du mariage sont sujets au douaire, mais encore ceux qui lui adviennent depuis le mariage, purement en vertu d'un titre antérieur au mariage (*f*), ou par le résiliment des aliénations que lui ou ses auteurs en auroient

(*a*) Arrêt du 26. Août 1595. Lalande, sur Orléans. art. 218.

(*b*) Renns. du douaire, ch. 3. n. 9. & 108.

(*c*) Edit du mois de Fév. 1683. Paris, art. 95. Orl. art. 485.

(*d*) Arrêt du 24. Mars 1634. Regl. du Droit Fr. art. 17.

(*e*) Regle du Droit Fr. art. 18.

(*f*) Renn. nomb. 12. & suiv.

faites (*a*); car l'acquisition qu'il en fait alors, n'est qu'un dévelopement & une exécution de droit qu'il avoit lorsqu'il s'est marié, si néanmoins il avoit été obligé de débourser pendant le mariage quelque argent pour avoir ces héritages, ou pour y rentrer (*b*), ils ne seroient sujets au douaire que sous la déduction de cette somme, dont la femme seroit tenue de payer l'intérêt aux héritiers de son mari.

(*a*) Lebrun, des succeff. l. 2. ch. 5. §. 1. dist. 2.

(*b*) Renn. *ibid.*

390. Les héritages ou rentes auxquels le mari succede à ses pere & mere (*c*) & autres ascendans, sont aussi sujets au douaire de la femme; on peut dire que les enfans ont dès le vivant de leur pere (*d*), un droit aux biens qui doivent leur écheoir par leur succession.

(*c*) Paris, art. 247. Orl. art. 218.

(*d*) *Leg.* 30. *D. de lib. & post.*

Il en est de même de ceux qui lui sont données par lesdits ascendans en avancement d'hoirie (*e*): mais il n'est censé succéder qu'à ceux qui lui sont échus par le partage avec ses cohéritiers; néanmoins s'il paroissoit que par affectation, il eût fait tomber dans son lot une grande quantité de meubles, au lieu de la part qu'il auroit dû avoir dans les immeubles, sa

(*e*) Voyez Amiens, art. 112. Paris, art. 278. Orl. art. 210.

femme en devroit être récompenſée (*a*) ; il ſemble au contraire que s'il eſt échu au mari une quantité d'immeubles, plus grande que ſa portion afférante, ſa femme n'en doit jouir que ſous la déduction des intérêts du retour que le mari a fait à ſes cohéritiers.

391. Les biens ſubſtitués au mari, ſont ſubſidiairement ſujets au douaire (*b*) par la volonté préſumée du Teſtateur, ſoit que la ſubſtitution ſoit antérieure, ſoit même qu'elle ſoit poſtérieure au mariage, ils ne le ſeroient donc plus (*c*) ſi le Teſtateur l'avoit expreſſément défendu.

392. La portion que la femme a pour ſon douaire, dans tous les biens ci-deſſus énoncés, ne peut être diminuée (*d*) par les aliénations que le mari en feroit ; elle doit en ce cas (*e*) être récompenſée ſur les biens qui reſtent, & s'il n'en reſtoit pas ſuffiſamment, elle pourroit prétendre ſon droit d'uſufruit (*f*) contre les tiers acquéreurs, qui ne pourront oppoſer la preſcription pour le tems qu'ils auront poſſédé pendant le mariage (*g*), parce que la puiſſance maritale empêchoit alors la femme d'agir : mais ſi la

(*a*) Lebrun, des ſucceſſ. l. 2. ch. 5. §. 1. diſt. 1.

(*b*) Ord. des ſubſtit. tit. 1. art. 45.

(*c*) Ricard, des ſubſtit. ch. 13. §. 1. n. 101. *Vid. Nov.* 59. *cap.* 1.

(*d*) Regle du Droit Fr. art. 21.

(*e*) Anjou, art. 308. Maine, art. 320. Renn. n. 67. & ſuiv.

(*f*) Lodun. ch. 31. art. 1. Normand. 379.

(*g* *Argum. Leg.* 16 *D. de fund. dot.* & 30. *Cod. de rei uxor. act.* Voyez Bourbonn. art. 28.

femme avoit consenti à la vente faite par son mari de quelque héritage sujet à son douaire, elle ne pourroit plus agir contre l'acquéreur; il y auroit plus, si elle avoit vendu conjointement, ou qu'elle se fût obligée de quelque autre maniere à la garantie; car alors elle ne pourroit plus même agir contre les derniers acquéreurs, parce qu'ils réfléchiroient en action hypothécaire, contre le premier acquéreur, lequel de son côté réfléchiroit contre la femme sa garante.

393. L'espérance & le droit de la femme pour son douaire est aussi éteint, soit par l'éviction de l'héritage qui y est sujet (*a*); ou la résolution du droit que le mari y avoit, soit par l'extinction (*b*) de la chose affectée au douaire, pourvu que l'un & l'autre ne procedent d'aucun fait du mari depuis le mariage.

Mais si l'extinction ou l'éviction ne se sont faites qu'en payant une somme de deniers, comme dans le rachat d'une rente (*c*), ou dans le Réméré, la femme aura son douaire sur cette somme.

394. Le douaire étant fixé à

(*a*) *Argum. Leg.* 160. §. 2. *D. de reg. Jur. &* 175. §. 1. *D. eodem.*

(*b*) *Instit. de usufruct. in princ. &* §. 2. *Leg.* 2. *D. eodem.*

(*c*) Norm. art. 406. Arrêt du 19. Fév. 1669.

l'inſtant de la Bénédiction Nuptiale, ne peut être augmenté ni diminué pendant le mariage par le fait du mari (*a*) : de ſorte que ſa veuve ne peut ni profiter des augmentations, ni ſouffrir des détériorations qu'il a pû faire.

La quotité du douaire eſt différente ſuivant les différentes Coutumes ; à Paris & à Orléans (*b*), elle eſt la moitié. Dans quelques Coutumes telles que celles d'Anjou (*c*), elle n'eſt que le tiers.

395. Lorſque le mari lors de ſon mariage n'avoit point de biens immeubles, & qu'il ne lui en eſt point venu en vertu d'un droit alors exiſtant, ou par ſucceſſion de ſes aſcendans, il n'y a point de douaire ſi ce n'eſt dans les Coutumes qui en accordent un ſubſidiaire ſur les acquêts, ou ſur les meubles.

La coutume d'Orléans eſt de ce nombre, car lorſque le mari n'a aucuns propres, elle aſſigne (*d*) à la femme pour ſon douaire le quart en uſufruit de la portion de ſon défunt mari dans les conquêts, & s'il n'y a point de conquêts, elle lui donne en propriété le quart de cette même portion dans les meubles.

(*a*) Voyez Renn. n. 77. & ſuiv. Lebrun, ch. 5. §. 1. diſt. 1. n. 39. Rec. de la Combe, douaire, §. 2. n. 20. & §. 5. n. 1.

(*b*) Paris, art. 248. Orl. art. 218.

(*c*) Anjou, art. 299. Maine, art. 313. Tours, art. 326.

(*d*) Art. 221.

Si par la renonciation de la femme à la communauté, les conquêts & les meubles se trouvoient être en total à la succession de son défunt mari, la femme auroit pour son douaire en usufruit le quart au total desdits conquêts, ou à défaut de conquêts le quart au total en propriété desdits meubles.

Il en seroit de même s'il y avoit exclusion de communauté, ou qu'elle eût été dissoute par une séparation pendant le mariage : en ce cas, le douaire subsidiaire se prendroit sur ce quart en usufruit des immeubles que le mari auroit acquis depuis le mariage, ou à défaut d'immeubles sur le quart de ses meubles en propriété.

Si le mari avoit des immeubles lors de son mariage, mais qui se trouvassent à sa mort chargés d'un usufruit envers une autre personne (*a*), il semble qu'il doit y avoir lieu au douaire subsidiaire sur ces acquêts, si mieux n'aime la femme attendre l'extinction de cet usufruit.

(*a*) Nouv. notes sur Orl. art. 221.

Si les biens immeubles, que le mari avoit lors de son mariage, étoient un si petit objet, qu'il ne méritât aucune considération, com-

me ſi un Marchand riche d'ailleurs en mobiliaire avoit une rente d'un écu pour tout immeuble, on doit penſer qu'il y auroit lieu à ce douaire ſuſidiaire ; on peut dire en ce cas, que *parum pro nihilo reputatur.*

396. A l'égard du douaire conventionnel, il conſiſte dans ce dont on eſt convenu ; lorſqu'on eſt convenu que la femme auroit une certaine choſe pour douaire, on préſume (*a*) que c'eſt ſeulement pour en jouir en uſufruit.

Le douaire des femmes n'étant par ſa nature qu'un uſufruit, on peut néanmoins convenir (*b*), que la femme aura en propriété la ſomme ou la choſe convenue pour ſon douaire, les contrats de mariage (*c*) étant ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions.

Il eſt clair que le douaire préfix doit ſe prendre ſur les biens du mari ſeul (*d*), & non ſur les effets de la communauté ; autrement la femme en acceptant la communauté perdroit la moitié de ſon douaire, qui ſeroit confondue en ſa perſonne.

397. Quand le douaire conſiſte en uſufruit, tous les fruits (*e*) naturels, induſtriels & civils appartiennent

(*a*) Paris, art. 263. Orl. art. 220.

(*b*) Lalande, ſur Orl. art. 220. Inſtitut. au Droit Fr. l. 3. ch. 10. p. 127. & 128.

(*c*) Orl. art. 202.

(*d*) Paris, art. 260.

(*e*) *Leg. 7. 9. & 59. §. 1. D. de uſufruct.*

nent à la douairiere; ainsi les biens qui adviennent par déshérence (*a*) & confiscation, étant des fruits de la Justice, sont acquis en pleine propriété à la douairiere.

Si pendant le tems du douaire (*b*), des Bois taillis se trouvent en âge d'être coupés, la douairiere aura la coupe en entier, & non pas seulement à proportion qu'aura duré le douaire; s'ils ne sont point coupés la douairiere n'aura rien (*c*).

La douairiere a aussi l'usage des ustensiles nécessaires pour la perception des fruits, lorsqu'ils sont dans l'héritage pour perpétuelle demeure (*d*), comme des cuves, des pressoirs.

Il n'en est pas de même des charrues, charrettes, chevaux, bestiaux.

Des charges du douaire.

398. La femme douairiere, ainsi que tous les autres usufruitiers, est tenue de toutes les charges (*e*) réelles des héritages, lesquelles échéent pendant le tems de sa jouissance pour la portion dont elle en jouit.

Elle est donc tenue non-seulement des charges annuelles & ordinaires (*f*) telles que sont la dîxme,

(*a*) *Molin. ad conserv. Paris.* §. 1. gloss. 1. n. 68. Bacq. des droits de Just. ch. 12. n. 16.

(*b*) *Leg.* 9. §. 7. 48. §. 1. *D. de usufr.* 42. *D. de usu & usufr. Leg.*

(*c*) *Leg.* 58. *D. de usufr.*

(*d*) *Leg.* 15. §. 6. *D. eod.*

(*e*) Melun, art. 242. Nivernois, ch. 24. art. 4.

(*f*) Lalande sur Orl. art. 218. *Argument. Leg.* 13. *D. de imp. in rei dot. fact.*

les champarts, les arrérages des cens & rentes foncieres; mais encore des extraordinaires (*a*), telles que les Tailles d'Eglise, les taxes pour le ban, arriere-ban, &c.

(*a*) *Argum. Leg.* 27. §. 3. *ff. de usufruct.* Laon, art. 37. Chauny, art. 125. Ricard, sur Paris, art. 262.

Il sembleroit suivant cette regle que les profits de rachats & relevoisons, qui naîtroient pendant le cours du douaire sans le fait des propriétaires, comme sont ceux qui échéent par leur mort, devroient être à la charge de la douairiere.

Néanmoins Dumoulin (*b*) décide fort bien que la douairiere n'en doit point être tenue, & cela par une raison particuliere tirée de ce que le douaire étant par sa nature destiné à la subsistance de la femme, elle ne doit point être tenue de ces profits, qui emportent l'année entiere du revenu.

(*b*) *Molin, ad consuet. Paris.* §. 37. quest. 4. Paris, art. 40.

399. La veuve qui jouit du douaire coutumier étant usufruitiere, non d'un corps particulier, mais d'une portion de bien, il s'ensuit qu'elle doit être tenue non-seulement des charges réelles des corps d'héritages particuliers dont l'universalité de biens du mari est composée, mais encore des charges générales des biens (*c*) dont elle jouit, pour

(*c*) *Leg.* 43. *D. de usu & usufr. Leg.*

la portion dont elle en jouit.

Ainsi à Paris & à Orléans, où la femme jouit de la moitié des immeubles que le mari avoit lors du mariage, elle doit (*a*) payer pendant le cours du douaire, la moitié des arrérages des rentes constituées dûes par son mari, lors du mariage (*b*) : mais les dettes mobiliaires quoiqu'hypothécaires, ne diminuent point le douaire, si ce n'est celles des successions directes (*c*) échues au mari pendant le mariage, parce qu'elles diminuent de plein droit la succession, *bona enim non intelliguntur nisi deducto ære alieno* (*d*).

(*a*) Arrêt du 17. Mars 1618. Bouguier, lett. D. 17.

(*b*) Auzan. sur Paris, art. 250. Renn. ch. 8. n. 20. & 21.

(*c*) Lebrun, des success. l. 1. ch. 5. §. 2. n. 34. & 35.

(*d*) *Leg.* 19. §. 3. *D. de verb. sign.*

400. C'est aussi une charge du douaire, comme de tout autre usufruit, que la douairiere soit tenue pour la portion dont elle jouit, d'entretenir (*e*) de toutes réparations viageres, les héritages sujets au douaire.

(*e*) *Argum. Leg.* 3. §. 1. *D. de imp. in rei dot. Leg.* 7. *Cod. de usufruct.* Regle du Droit Fr. art. 27.

A l'égard des réparations d'entretien, qui étoient à faire lors de l'ouverture du douaire ; c'est aux héritiers du mari à les faire, parce que le mari n'a pas dû en négligeant d'entretenir ses héritages sujets au douaire, détériorer la cause du douaire.

Les grosses réparations (*a*) quoique survenues pendant le cours du douaire, ne sont point à la charge de la douairiere, si elles ne sont survenues par sa faute (*b*), & par sa négligence à conserver les héritages en bon état ; elle ne peut néanmoins forcer les héritiers à les faire : mais si elle les fait (*c*), elle pourra les répéter après l'usufruit fini.

Les grosses réparations différent des viageres dont la douairiere est tenue, en ce que les viageres (*d*) ont coutume de ne pas excéder pour leur durée le tems ordinaire de la vie d'un homme, au lieu que les grosses durent bien au-delà.

Les coutumes de Paris & d'Orléans (*e*) déclarent que les grosses réparations sont les quatre gros murs des Maisons, les voûtes & les couvertures, lorsqu'elles sont à rétablir en entier.

Les réparations de tous les autres corps d'héritages (*f*), comme des Moulins & Vignes, sont toutes réparations d'entretien ; dont la douairiere est tenue.

(*a*) *Leg. 7. D. de usufr.*

(*b*) *Argum. Leg. 4. D. de imp. in rei dot fact.*

(*c*) *Leg. 7. Cod. de usufructibus.*

(*d*) Dum. sur Verm. art. 13.

(*e*) Paris, art. 262. Orl. art. 222.

(*f*) Laon, art. 38. Peronne, art. 146.

Quand le douaire est ouvert, & quand il finit.

401. La mort du mari donne ouverture au douaire (*a*), encore même que le mariage n'eût point été consommé, pourvu qu'il ait reçu son accomplissement (*b*) par la Bénédiction Nuptiale & la Célébration.

Dans la Coutume de Paris, la femme en est saisie *ipso jure*, dès l'instant du décès du mari (*c*), soit que le douaire soit coutumier, soit qu'il soit conventionnel.

A Orléans, suivant l'article 219. le douaire coutumier se doit demander; cette coutume ne s'explique point sur le conventionnel; il y a lieu de penser (*d*) que s'il consiste dans le délaissement de quelque héritage que le mari auroit fait par le contrat, pour que la femme en jouît en usufruit, ou dans une constitution de rente viagere; en ces cas, la clause de dessaisine portée au contrat, suivant l'article 278, de cette coutume, saisiroit la femme: mais s'il consiste (*e*) en une somme de deniers, un tel douaire ne gît qu'en action, & par conséquent les intérêts n'en peuvent être

(*a*) Regle du Droit Fr. art. 14.

(*b*) *Argum. Leg.* 30. *D. reg. jur.*

(*c*) Paris, art. 256. Melun, art. 237.

(*d*) Nouv. notes sur Orléans, art. 219.

(*e*) Lalande, sur Orl. art. 194.

dûs que du jour de la demande.

402. Le douaire qui consiste en usufruit, est éteint (*a*) par la mort de la femme.

(*a*) Orl. art. 220. & Lalande, sur icelui.

Il semble qu'il devroit l'être aussi par sa mort civile (*b*), telle qu'est la Profession Religieuse ; néanmoins comme le douaire tient lieu d'alimens, & que les personnes mortes civilement, sont capables d'alimens, on conserve le douaire (*c*) au Couvent dans lequel la femme a fait Profession, jusqu'à concurrence du revenu qu'il est permis par les Ordonnances [*] à ce Couvent de recevoir pour les dots des Religieuses.

(*b*) *Argum.* §. 3. *Instit. Justin. de usufruct.*

(*c*) Arrêts des 23. Janvier 1629. & 2. Juin 1736. Regle du Droit Fr. art. 34.

Le douaire s'éteint aussi si la femme s'en rend indigne (*d*), ce qui peut arriver depuis la mort de son mari, si elle vit impudiquement pendant l'année de deuil, ou du vivant du mari pour cas de désertion (*e*) ou adultere. Si l'accusation même n'avoit été que commencée par le mari, & non abandonnée, ses héritiers pourroient la continuer (*f*) par forme d'exception, à l'effet de faire décheoir la veuve de son douaire.

(*d*) Regle du Droit Fr. art. 32.

(*e*) Anjou, 314. Maine, 327. Bretagne, 430.

(*f*) Loisel, du douaire, regle 39. Regle du Droit Fr. art. 30. & 31.

[*] Voyez la Déclar. du 28. Avril 1693.

Du douaire des enfans.

403. Le douaire des enfans est une légitime que la coutume de Paris (*a*) & plusieurs autres coutumes accordent aux enfans sur les biens de leur pere, à laquelle le pere (*b*) ne peut donner atteinte par aucune aliénation ou hypotheque

La propriété & le fonds des mêmes biens (*c*) dont la femme a l'usufruit pour son douaire, fait le douaire des enfans de son mariage.

Que si le douaire constitué à la femme, consistoit en une rente viagere d'une certaine somme, les enfans seroient créanciers pour leur douaire du fonds de cette rente, par exemple de vingt mille livres, si le douaire de la femme étoit de mille livres de rente.

Tout cela a lieu à moins qu'il n'ait été stipulé (*d*) par le contrat de mariage, que les enfans n'auroient point de douaire.

404. Le douaire des enfans, ainsi que celui de la femme, n'est ouvert (*e*) qu'à la mort du mari.

Comme la femme en doit avoir l'usufruit, les enfans doivent attendre la mort de leur mere pour en jouir (*f*).

(*a*) Paris, art. 249. & 255.

(*b*) Paris, art. 250.

(*c*) Renus. ch. 5.

(*d*) Arrêt de 1606. Voyez Renoviere, n. 10.

(*e*) Paris, art. 256. Melun, art. 237. Louet, lett. D 36.

(*f*) Pacq. des droits de Justice, ch. 13. n. 35. Institut. au Droit Fr. p. 139.

Si la femme avoit l'option du douaire coutumier ou préfix, les enfans sont tenus de se contenter de celui qu'elle aura choisi (*a*); si elle n'avoit pas fait l'option ses enfans l'auroient.

(*a*) Ricard, sur Paris, art. 261.

Ils perdent le douaire, s'ils acceptent la succession de leur pere; car c'est une regle de droit coutumier (*b*), qu'on ne peut être héritier & douairier: l'enfant héritier bénéficiaire pourroit l'être cependant vis-à-vis des créanciers (*c*), en renonçant à la succession & la leur abandonnant.

(*b*) Paris, art. 251. Melun, 239.

(*c*) Arrêts des 20. Avr. 1682. & 23. Fév. 1702.

Si entre les enfans d'une même mere (*d*), les uns acceptent la succession de leur pere, & les autres y renoncent; ceux qui acceptent la succession confondent sur eux la part qu'ils auroient pû avoir dans le douaire; en renonçant (*e*) ils sont censés prendre leur douaire à titre de succession, leur part n'accroît donc point à ceux qui renoncent.

(*d*) Inst. au Droit Fr. p. 141.

(*e*) Senlis, art. 186. & Dumoulin, sur icelui.

405. La réserve du douaire étant faite également au profit des enfans, ils le partagent (*f*) entr'eux, sans prérogative d'aînesse, d'autant plus que le douaire des enfans est une

(*f*) Paris, art. 250. Brodeau, sur Louet, let. D. 44.

espece de dette que le pere a contractée (a) envers eux en se mariant, & non pas un droit successif.

(a) Inst. au Droit Fr. p. 140.

Ce que les enfans ont reçu de leur pere de son vivant par donation, s'impute (b) sur la part qu'ils doivent avoir dans le douaire, de même qu'il s'imputeroit sur la part qu'ils ont euë dans la succession s'ils étoient héritiers; car le douaire est une espece de légitime.

(b) Paris, art. 252.

La coutume d'Orléans ne donne point de douaire aux enfans, ainsi les enfans à Orléans n'en peuvent prétendre (c), à moins qu'il n'ait été stipulé expressément par le contrat de mariage de leur pere, qu'ils en auroient.

(c) Molin. *ad consf. Aurel.* §. 240.

La clause que des Notaires ignorans mettent dans des contrats de mariage, que la somme qui est convenue pour douaire, sera propre à la femme & à ceux de son côté & ligne, ne signifie point (d) que cette somme sera le douaire des enfans: mais seulement que la femme aura cette somme en propriété & non en usufruit.

(d) Nouv. notes sur Orl. art. 220. n. 2.



TITRE HUITIEME.

Des actions qui naissent des diverses especes de conventions particulieres, & premierement des regles communes à toutes les conventions en général.

406. ON a vu le détail des actions qui naissent du mariage, & des conventions différentes qui y sont accessoires ; il y a d'autres conventions bornées à un objet particulier, & dont l'action consiste seulement dans le droit de contraindre l'obligé à donner ou à faire une chose déterminée.

Elles sont ou gratuites, ou onéreuses ; gratuites, quand l'un des deux donne ou promet, sans autre motif que la libéralité, & que l'autre ne fait qu'accepter, c'est la donation ; onéreuses, quand on s'oblige de donner ou de faire quelque chose à quelqu'un en conséquence de ce qu'il donne ou fait pour nous, ou de ce qu'il s'oblige à donner ou à faire pour nous.

Ainsi les conventions onéreuses

& intéressées, sont de deux sortes; les unes se forment par le seul consentement réciproque, comme la vente, l'échange, le louage, le mandement, la société.

Les autres ne se forment que par la prestation de la chose, qui fait l'objet de la convention, comme le prêt, la rente constituée, le gage, le dépôt, la Lettre de Change, & la plûpart des contrats aléatoires.

Dans les premieres, le fait, dans les secondes, l'engagement seul de l'une des Parties donne lieu à l'obligation de l'autre.

Enfin, il y a des conventions principales & déterminées par elles-mêmes; il y en a d'autres qui ne sont qu'accessoires à celles-ci, & destinées à les assûrer, comme le cautionnement, la solidité, & la convention de l'hypotheque.

Il faut traiter successivement des actions que produisent toutes ces différentes especes d'engagemens; mais il faut auparavant exposer les regles communes aux conventions en général.



CHAPITRE PREMIER.

Des personnes qui contractent.

407. LE contrat ou la convention se forme par le consentement mutuel de deux personnes, dont les volontés se réunissent au même point (*a*); on peut la définir une promesse acceptée, & une promesse qui n'est point acceptée, se nomme pollicitation.

(*a*) Leg. 1. §. 2. D. de pact.

C'est par cette acceptation que la promesse devient obligatoire (*b*), & transfere à celui en faveur duquel elle a été faite, un droit contre la personne du promettant pour pouvoir le contraindre à l'exécution de sa promesse.

(*b*) Leg. quæcumque causa.

Les simples conventions sans tradition ne donnent aucun droit sur la chose qui peut être l'objet de la promesse (*c*), elles ne lient que la personne du promettant.

(*c*) Leg. oblig. 3. D. de oblig. & act.

408. On est incapable de contracter ou par la nature, ou par la disposition des loix ; par la nature, tels sont les enfans (*d*), les imbéciles, ceux qui sont en démence

(*d*) Leg. 1. §. 13. D. de oblig. & act.

(*a*), les sourds & muets de naissance; par la disposition des loix, ceux qui sont interdits pour dissipation & prodigalité, ne peuvent s'obliger eux-mêmes, mais ils peuvent obliger (*b*) les autres, en stipulant & acceptant, semblables en cela aux impuberes qui ont passé l'âge de sept ans.

(*a*) *Leg.* 1. §. 12. *D. de tit.*

(*b*) *Leg.* 141. §. 2. *& Leg. fin. D. de verb. oblig. Leg.* 7. *Cod.*

Les Religieux Profès étant comme Esclaves du Monastere & sous la puissance du Supérieur, ne peuvent s'obliger valablement : mais tout ce qu'ils peuvent acquérir par leur travail, leur industrie ou autrement, ils l'acquierent pour le Monastere; il faut en excepter les Religieux Titulaires de Bénéfices, lesquels peuvent en recevoir les revenus; en faire les Baux, contracter, s'obliger, agir en Justice.

409. Nous pouvons contracter non-seulement par nous-mêmes, mais encore par le ministere de ceux qui nous représentent, & que nous avons chargé de contracter pour nous.

Ces sortes de représentans ne sont pas tenus en leur propre nom des engagemens où ils ne sont entrés que pour le fait de leur commission,

pourvu qu'ils n'aient point excédé leur pouvoir : mais ils engagent, par leur fait, leurs commettans dans l'étendue seulement du commerce ou de l'affaire à laquelle ils sont proposés.

Ainsi les Hôteliers répondent du fait des domestiques de l'Auberge, pour ce qui concerne la garde des hardes, & les autres choses que les voyageurs déposent entre les mains de l'Hôtelier ou des domestiques préposés (*a*) aux soins de les recevoir.

Mais sans pouvoir on ne peut ni engager les autres en promettant pour eux, ni leur acquérir en stipulant pour eux.

(*a*) *Leg.* 1. §. 5. D. *Nov. cap.*

CHAPITRE SECOND.

Des qualités que doit avoir le consentement qui forme la convention.

410. CE consentement doit être : 1°. fondé sur quelque cause : 2°. donné avec connoissance : 3°. accordé avec liberté.

De la cause de l'obligation.

Toute obligation a nécessairement sa cause dans le motif qui a fait consentir la partie à s'obliger : mais il peut arriver que la cause de la promesse ne soit pas exprimée dans le billet ou instrument d'obligation, & quoiqu'il y ait un Arrêt de Réglement rendu au Parlement de Paris le 16 Mai 1650, qui déclare nulles les promesses & billets dans lesquels on n'aura pas exprimé les causes pour lesquelles ils ont été passés ; le Parlement lui-même n'a pas suivi cette Jurisprudence à la rigueur, comme il paroît par un Arrêt du 16 Mai 1664, rapporté au Journal des Audiences.

Il faut donc examiner les circonstances du billet & se déterminer par la nature de l'affaire qui paroît s'être passée entre les Parties, & par la vûe de ce que demandent l'équité & la bonne foi.

Si le débiteur avoit mis dans la promesse, *je reconnois devoir & promets payer*, il ne resteroit aucune difficulté ; car ces mots, je reconnois devoir, marquent la cause de la promesse, qui n'est faite qu'en

conséquence de ce qu'il devoit (a).

411. Qu'une obligation n'ait point de cause, ou qu'elle n'en ait point d'autre que l'erreur de celui qui s'est obligé, c'est la même chose. Il faut donc voir comment l'erreur annulle les conventions.

On distingue deux sortes d'erreurs, celle qui regarde la cause de l'obligation, & celle qui tombe sur l'objet de la convention.

Dans l'un & l'autre cas, pour que l'erreur annulle la convention, il ne suffit pas que l'un des contractans se soit trompé au sujet de la chose sur laquelle il contractoit, ou au sujet du motif qui le portoit à contracter ; il faut encore que cette erreur ait été connue de l'autre Partie, & que par le voeu commun des contractans, elle ait été attachée au traité comme une espece de condition, sans laquelle on n'eût point contracté (b) : ce n'est que par-là que l'erreur se liant avec l'essence de la convention, rend nul le consentement uniquement fondé sur cette erreur.

Un exemple éclaircira cette regle : Alexandre pour former une Duché-Pairie, du titre de laquelle le

(a) Arrêt du 4. Mars 1649. au J. des Aud.

(b) Barbeirac, sur Puffendorf.

le Roi l'a honoré, achete une Terre sur la mouvance de laquelle les Parties ne s'expliquent point dans le contrat, & qu'il croit par erreur être en fief & relever immédiatement de la Couronne, quoiqu'elle soit en roture.

Cette erreur n'annullera pas la vente, car elle n'est point entrée dans les conditions du traité, & la vente a une cause indépendante de cette erreur dans la prestation réciproque des Parties.

Mais si le vendeur avoit reconnu l'intention d'Alexandre de ne point acheter une Terre en roture, sa mauvaise foi dans ce cas donneroit à l'erreur l'effet d'annuller la convention; car il n'est pas toujours nécessaire que l'erreur ait été formellement attachée au traité, comme une condition consentie expressément de part & d'autre.

La condition suit quelquefois de la nature même de l'affaire qui s'est passée entre les Parties; ainsi si deux Parties ont transigé sur un Procès décidé à leur insçu par Arrêt, cette erreur rendra la transaction nulle, quoique les Parties ne s'en soient pas expliquées; parce que

la supposition, que le Procès est indécis, est une condition essentielle à toute (*a*) transaction faite pour terminer un Procès.

(*d*) *Par. Sent. 1. 5. Leg. 32. Cod. de transf.*

412. Le dol n'étant qu'une erreur qualifiée, je veux dire une erreur où l'on est induit pour le fait d'un autre, annulle la convention dans tous les cas où la simple erreur l'annulle.

De plus, toutes les fois que la Partie trompée, ne s'est portée à contracter l'obligation que par la surprise que l'autre lui a faite, l'obligation est nulle (*b*), car l'auteur du dol est obligé de dédommager la Partie trompée de tout ce qu'elle souffre par ce dol, & par conséquent de l'acquiter de l'obligation qu'elle a subie.

(*b*) *Leg. 16, §. 1. D. de minor. Leg. 7. D. de dol. mat.*

Le dol consiste (*c*) dans des discours ou des actions artificieusement concertées pour induire quelqu'un dans une erreur qui le porte à faire à son désavantage quelque chose dont on veut profiter.

(*c*) *Leg. 1. §. 2. D. de dol.*

413. La violence n'est pas moins contraire au consentement que l'erreur & le dol.

Une promesse extorquée par violence ou par crainte est celle que

nous n'avons faite que dans la vue d'éviter un mal pressant dont on nous menaçoit, si nous ne consentions à ce qu'on exigeoit de nous.

Or la loi ne permet pas qu'on puisse rien exiger (*a*) d'une obligation à laquelle la crainte a donné lieu, soit que ce soit l'une des Parties contractantes qui l'ait causée, soit que ce soit un tiers, à l'insçu même de celui des contractans, qui en profite.

Mais toute crainte ne rend pas les conventions nulles; il faut que ce soit en premier lieu, la crainte d'un mal présent (*b*). 2°. D'un mal considérable (*c*), par rapport à l'état & au caractere de la personne, & celui qui n'allégueroit qu'une vaine frayeur (*d*) ne seroit point écouté. 3°. Que ce soit une crainte imprimée injustement & sans droit. Ainsi celui qui a épousé une fille qu'il avoit deshonorée, pour éviter la mort à laquelle il avoit été condamné s'il ne l'épousoit, ne peut être restitué contre ce mariage (*e*).

414. Il est nécessaire d'observer qu'encore que le droit naturel, l'erreur, la fraude & la violence ren-

(*a*) *Leg. 116. D. de reg. Jur. Leg. 21. §. 3. D. quod met. caus.*

(*b*) *Leg. 9. D. quod met. caus. Leg. 9. Cod. de tit.*

(*c*) *Leg. 5. D. de tit.*

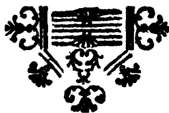
(*d*) *Leg. 6. §. 7. D. de*

(*e*) *Argum. Leg. 21. D. quod met. caus. Leg. 10. Cod. de his qui verbis, &c.*

dent les obligations nulles de plein droit; elles donnent ſeulement ſuivant notre uſage ouverture à les faire caſſer par lettres de reſciſion, qu'il faut obtenir à la Chancellerie & faire enſuite enthériner pardevant les Juges ordinaires qui en ordonnent ou en refuſent l'enthérinement en connoiſſance de cauſe: mais ſi on laiſſe paſſer dix années, à compter du jour du contrat auquel on oppoſe quelqu'un de ces défauts, ou à compter du jour de la ceſſation du légitime empêchement s'il y en a, & ſans prendre des Lettres & les ſignifier, on n'y eſt plus recevable & le contrat ſubſiſte (*a*).

(*a*) Ordon. de 1559.

On ne reconnoît donc en France de conventions nulles de plein droit que celles dont l'objet eſt criminel & contraire aux bonnes mœurs, ou celles dont la nullité eſt établie par quelque Ordonnance, ou par la coutume.



CHAPITRE TROISIEME.

Des différentes formes de conventions.

415. LEs conventions ne se contractent que par le consentement, mais elles ne se manifestent que par l'usage des signes extérieurs qui font la forme de la convention.

Les plus communs de ces signes sont la parole & l'écriture ; il y a néanmoins des faits d'où l'on induit quelquefois une convention tacite, sans que les Parties se soient servies de l'écriture, ni même de la parole, comme dans la tacite réconduction (*a*), où l'on présume que les Parties ont eu intention de renouveller le bail par cela seul, que le locataire est demeuré dans la Maison, sans que le propriétaire l'en ait fait sortir depuis l'expiration du bail.

Ainsi la parole même n'est pas essentielle à la substance des conventions (*b*), à plus forte raison l'écriture ne l'est-elle pas ? Il y a néanmoins quelques conventions

(*a*) *Infra*, tit. du bail.

(*b*) *Leg.* 2. *Leg.* 4. §. 1. *D. de pact.*

qui sont absolument nulles, si elles ne sont pas passées par écrit, comme le prêt sur gages, dans lequel la reconnoissance des gages reçus doit être passée pardevant Notaires avec minute, à peine de perte de la dette & de la restitution des gages (*a*).

Il est vrai que comme par nos moeurs, la preuve par témoins des conventions, ne peut être admise en Justice (*b*), les conventions ne peuvent gueres être assurées que par le secours de l'écriture, contre la mauvaise foi des débiteurs, ou l'ignorance de leurs héritiers.

(*a*) Ord. de 1673. tit. 6. art. 8.

(*b*) Ord. 1667. titre de la preuve.

416. L'écriture est ou privée ou authentique; privée, lorsque les conventions se font entre les Parties sous leurs seings-privés; authentique, lorsque la convention est passée pardevant Notaires.

Les actes sous seings-privés ne paroissent astreints à aucune forme certaine, cependant par la Déclaration du 22 Septembre 1733, les Billets causés pour valeur en argent, sont nuls lorsqu'ils ne sont point écrits en entier de la main de celui qui les a signés, ou qu'au moins l'approbation de la somme portée au

Billet n'est point écrite en toutes lettres de sa main.

La Déclaration en excepte les Billets faits par les Banquiers, Négocians, Marchands, Manufacturiers, Artisans, Fermiers, Laboureurs, Vignerons, Manoeuvres & autres de pareille qualité.

Les actes passés pardevant Notaires ont sur les actes sous seings-privés quatre avantages considérables, qui doivent les faire préférer dans les affaires de quelque conséquence. Le premier, en ce qu'ils sont exécutoires par tout le Royaume, sans qu'il soit besoin d'obtenir de sentence. Le second, en ce qu'ils emportent de plein droit hypotheque sur tous les biens présens & à venir de l'obligé (*a*). Le troisieme, en ce qu'ils ont une date certaine même contre des tiers intéressés. Le quatrieme, & l'un des plus importans; est qu'ils n'ont pas besoin de reconnoissance comme les écritures privées, mais qu'ils portent tellement par eux-mêmes le caractere authentique de leur vérité, qu'on ne peut les attaquer que par l'inscription de faux.

417. Les loix (*b*) les assujettis-

(*a*) Ci-dessus, titre de l'hypothéque.

(*b*) Ordon. *ibid.*

ſent aux formalités ſuivantes ſous peine de nullité : 1°. Que l'acte ſoit rédigé en François. 2°. Qu'il ſoit paſſé pardevant deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins mâles, âgés de vingt ans accomplis & non enfans ni Clercs du Notaire. 3°. Que les Notaires, les Parties & les témoins ſignent l'acte, & que les Notaires en faſſent mention, ou du moins qu'il faſſe mention que les Parties ou les témoins ont déclaré ne ſçavoir ſigner de ce enquis. 4°. Que l'acte ſoit contrôlé dans la quinzaine à compter du jour qu'il a été paſſé. 5°. Que le Notaire ait la capacité requiſe & n'inſtrumente pas hors de ſon Reſſort.

418. Mais l'effet de la nullité, produite par l'omiſſion de ces diverſes formalités, n'eſt pas toujours le même.

Si l'acte eſt ſigné des Parties, il vaut toujours comme acte ſous ſeing-privé ; s'il n'eſt point ſigné des Parties qui ne ſçavoient pas ſigner, mais qu'il le ſoit du Notaire & des témoins, & ne ſoit nul que par le défaut des autres formalités dont l'omiſſion ne détruit pas abſolument toute la foi de l'acte, il a du

du moins l'effet d'empêcher le résiliment de la convention, lorsqu'elle a été pleinement exécutée de part & d'autre, & lorsqu'elle ne l'a été que d'un côté, de donner à celui qui a payé le droit de répéter ce qu'il a payé indûement.

Ainsi si dans un contrat de vente passé par un Notaire hors de son Ressort, l'acheteur a payé le prix, & que le vendeur ne lui ait point délivré la chose, l'acheteur ne pourra à la vérité en demander la délivrance en vertu d'un contrat qui se trouve nul, mais pourra au moins répéter le prix qu'il se trouve avoir payé sans cause (*a*); car il ne seroit pas juste qu'il perdît & la chose & l'argent par la mauvaise foi du vendeur.

(*a*) Voyez Boissot, preuve par témoins.

CHAPITRE QUATRIEME.

De la matiere des conventions.

419. NOn-seulement les choses que nous possédons, mais nos actions mêmes peuvent faire la matiere des conventions, & l'on peut promettre de faire (*b*), com-

(*b*) *Leg.* 3. *D. de oblig. & act. Leg.* 2. *D. de verb. obli.*

me on peut promettre de donner.

Dans l'un ou l'autre cas, l'objet de l'obligation est divisible ou indivisible : les obligations divisibles sont celles qui peuvent être acquitées, & dont on peut être libéré par partie, comme l'obligation de donner une somme d'argent, une terre, uu cheval : les obligations indivisibles sont celles dont l'objet est tellement incapable de division qu'on ne peut les demander qu'on ne les demande en entier, ni les acquiter, qu'on ne les acquite en entier.

On connoît qu'une obligation est indivisible (*a*) : 1°. Par la nature même de la chose promise, lorsqu'on ne peut y concevoir de parties comme les servitudes, car il y a contradiction à concevoir, par exemple, la moitié d'un droit de passage. 2°. Lorsque la prestation d'une partie détruiroit la stipulation & empêcheroit l'accomplissement de l'obligation.

Ainsi l'obligation de construire une Maison est indivisible, car la Maison n'existe pas encore jusqu'à ce qu'elle soit entierement finie : ainsi encore la promesse que j'ai

(*a*) Voyez Dumoulin, *extricat labyrinthi dividui & individui. Leg.* 72. *D. de verb. oblig.*

faite à mon mari de retirer des effets qu'il avoit donnés en gage est indivisible, car c'est la rançon même du gage qui a été promise, rançon indivisible par elle-même, quoiqu'elle se fasse avec de l'argent qui est divisible.

Que si l'obligation qui étoit indivisible, & pour laquelle les héritiers du débiteur avoient été poursuivis solidairement, a été convertie en dommages & intérêts, faute d'avoir été acquitée par eux dans le tems convenable ; ces dommages & intérêts ne seront dûs par chacun des héritiers, que pour leur part héréditaire, car auparavant l'obligation n'étoit solidaire contre chacun d'eux, que par l'impossibilité de l'acquiter par parties, ce qui n'a pas lieu à l'égard des dommages & intérêts qui sont susceptibles de division.

420. Ce qu'il n'est pas en notre pouvoir de donner, ne peut faire la matiere d'une obligation, & cela arrive en plusieurs manieres : 1°. Si la chose promise est naturellement impossible (*a*). 2°. Si elle n'existe (*b*) plus au tems de l'obligation. 3°. Si elle est tellement (*c*) incer-

(*a*) *Leg.* 35. *D. de verb. oblig.*
(*b*) *Leg.* 69. *D. de verb. oblig.*
(*c*) *Leg.* 95. *Leg.* 115. *D. de tit. Leg.* 2. §. 5. *D. quod cert. loc.*

taine, qu'on ne puisse déterminer en quoi elle consiste. 4°. Si elle appartient (*a*) déjà à celui à qui on la promise. 5°. Si elle est absolument (*b*) hors du commerce des hommes. 6°. Si l'objet de la convention est contraire aux bonnes moeurs (*c*), à l'honnêteté, ou à la disposition des loix: mais on peut par des conventions renoncer aux droits que les loix ont introduits en notre faveur (*d*), si ce n'est qu'on ne pût y renoncer sans blesser les bonnes moeurs (*e*), ou un intérêt public (*f*) que la loi auroit eu en vue.

(*a*) *Leg.* 82. & *Leg.* 87. *D. de verb. oblig.*

(*b*) *Leg.* 83. §. 5. *D. de tit.*

(*c*) *Leg.* 27. *Leg.* 35. §. 1. *Leg.* 66. *D. de tit.*

(*d*) *Leg.* 7. §. 13. & 14. & *Leg.* 31. *D. de pact.*

(*e*) *Leg.* 17. *D. commod.*

(*f*) *Leg.* 2. *D. de pact. dot.* & *passim de tit. junge. Leg.* 2. *D. de Jur. dot.*

CHAPITRE CINQUIEME.

Des diverses sortes de pactes qui modifient les couventions.

421. COmme les conventions dépendent entierement de la volonté des Parties, elles y peuvent insérer les clauses, les conditions & les charges qu'elles jugent à propos.

La condition est un évenement incertain, auquel on attache la

promesse & la convention : on distingue les conditions ou par l'événement qu'elles prévoient, & qui est passé, présent ou futur, possible ou impossible, ou par les effets qu'elles peuvent avoir par rapport aux conventions ; la condition qui se rapporte au passé ou au présent, étant déja ou arrivée ou manquée, ne suspend (a) point la convention.

Il en est de même de la condition impossible (b), & comme il est déja certain que celle-ci n'arrivera point, l'obligation qui y est attachée est nulle.

Il y a des conditions dont l'évenement dépend de la volonté des contractans, & qu'on nomme potestatives ; d'autres qui en sont indépendantes, & qu'on nomme casuelles, si la condition étoit attachée purement & absolument au pouvoir de celui qui promet en ces termes : *P. E. je promets de vous donner cent livres, si cela me plaît* ; il est clair qu'il n'y a point (c) d'obligation : mais si la conditition a été attachée à un certain fait, encore que ce fait soit au pouvoir du promettant, la convention a sa force : comme, par exemple, si j'avois dit :

(a) *Leg.* 37. 38. & 39. *D. de reb. credit. Leg.* 100. & 120. *D. de verb. oblig.*

(b) *Leg.* 7. *D. de verb. oblig.*

(c) *Leg.* 17. *Leg.* 108. §. 1. *D. de verb. oblig. & passim.*

Je promets de vous donner un habillement complet au cas que je me marie avant vous : la différence consiste en ce que dans le premier cas, il est purement en ma liberté d'éluder à l'infini l'effet de la promesse, & dans l'autre la condition est de telle nature que je ne pourrai ou ne voudrai peut-être pas toujours en éluder l'accomplissement.

422. Les conditions considérées sous la seconde vue, sont de deux sortes, suspensives ou résolutives: suspensives, quand l'accomplissement de la convention est suspendu jusqu'à l'évenement qu'elle prévoit ; dans ce cas, le créancier n'a qu'une espérance, & il ne lui est proprement rien dû, tant que la condition est en suspens.

Les conditions sont résolutives quand l'évenement marqué par la condition doit opérer la résolution de la convention : dans celle-ci la convention a son effet & son exécution dès l'instant même qu'elle est passée, & l'effet de la condition est en suspens ; c'est moins une convention conditionnelle qu'une convention pure & simple qu'une condition résout : telle est cette

condition, *la présente (a) vente demeurera nulle & résolue, si quelqu'un m'en offre davantage d'aujourd'hui à deux mois;* au contraire, s'il avoit été dit: *Je ne vous vends qu'au (b) cas que personne d'aujourd'hui à deux mois ne m'en offre davantage,* ce seroit une condition suspensive.

(a) Leg D. de diem ad

(b) Leg

423. Il y a cependant une espece de conditions resolutives, qui dans l'usage ordinaire n'ont pas la force de resoudre & d'annuller les conventions d'abord qu'elles sont arrivées; ce sont celles par lesquelles on est convenu que la convention demeurera résolue, au cas que la partie obligée n'acquitte pas les charges qui lui ont été imposées par la convention: on les appelle clauses résolutoires, comme lorsque le vendeur a stipulé que faute par l'acheteur de payer le prix dans le terme convenu, la vente demeurera nulle & résolue.

C'est un abus qui n'est que trop général dans nos Tribunaux (c), de ne regarder que comme comminatoires ces sortes de conditions; on reduit par-là les hommes à ne pouvoir plus compter sur les traités qu'ils font, ni prendre des me-

(c) Arg Institut Droit F

ſures cerraines pour leurs affaires ; voici donc le temperament qu'il faut apporter ſur ce point, ſi le défaut d'exécution des charges impoſées par la convention ne peut plus être reparé, ou qu'il ne puiſſe l'être ſans bleſſer l'eſſentiel de la convention, ou ſans cauſer un préjudice conſiderable à celui qui les a ſtipulées, la clauſe réſolutoire doit avoir ſon effet ſans retardement.

Ainſi dans une vente de marchandiſes faite à la charge qu'elles ſeront livrées un tel jour pour un embarquement ou pour une foire, faute de quoi le traité ſera nul, ſi l'on permettoit au vendeur de livrer encore ſes marchandiſes, après l'embarquement fait ou la foire finie, on bleſſeroit l'eſſentiel de la convention.

Mais ſi l'inexécution des charges impoſées à l'une des parties, n'a cauſé à l'une aucun dommage, ou que ce dommage puiſſe être réparé ſans peine, il eſt de l'équité des Juges de donner un délai pour ſatisfaire à la condition.

Il y a ſouvent dans les conventions des clauſes réſolutoires, qui,

ſans y être exprimées, ſont renfermées tacitement dans l'intention des parties, ce qui arrive toutes les fois que l'un des contractans n'a donné ſon conſentement à la convention, qu'en vue des charges qu'il impoſoit à l'autre ; ainſi ſi je vous ai acheté une maiſon à la charge qu'elle ſeroit libre de toute ſervitude & rentes, & que par l'évenement elle ſe trouve chargée de rente ou de ſervitude, il doit être permis à l'acheteur de faire déclarer la vente nulle & réſolue, de même que ſi la clauſe réſolutoire avoit été appoſée ; car les contractans ne veulent que le contrat ſubſiſte qu'au cas que chacun acquite ſon engagement.

CHAPITRE SIXIEME.

Des engagemens qui ſuivent naturellement des conventions.

424. LE premier, eſt la néceſſité de les exécuter de part & d'autre, d'où il ſuit que celui qui manque ou qui eſt en demeure de les exécuter doit payer à l'autre les

dommages & interêts qu'il souffre de cette inéxécution. Or ce dédommagement est diversement reglé, suivant qu'il s'agit dans la convention, ou d'une espece déterminée à livrer, & d'une somme d'argent à payer.

La demeure où est le débiteur d'une espece déterminée, a deux effets; le premier, de faire tomber (*a*) sur lui tout le péril de la chose dont il est question, & de mettre sur son compte les pertes qui peuvent y survenir; car si le créancier avoit été payé à tems, il auroit pu éviter ces pertes: le second, d'indemniser outre cela le créancier des autres pertes, qu'il peut souffrir de la demeure: mais comme cette indemnité dépend toujours des circonstancs du fait, il n'y a rien de plus arbitraire, & un abus assez ordinaire dans nos Tribunaux est de les fixer à une somme si modique, qu'elle ne dédommage presque jamais la partie à laquelle ils sont adjugés.

(*a*) *Leg.* 82. §. 1 *D. de verb. oblig.*

Mais quand il s'agit d'une somme d'argent (& ce sont les plus communes obligations) la Loi pour éviter cette incertitude d'indemni-

té, & l'embarras de l'apprécier dans chaque affaire particuliere, la fixe à l'estimation du profit que l'argent eût pu produire à celui à qui il est dû ; c'est ce profit qu'on appelle interêt, & qui est aujourd'hui fixé au vingtieme denier du principal.

425. Dans les obligations pures & simples, le débiteur n'est constitué en demeure que par l'interpellation du créancier (*a*), & dans les obligations, au contraire, fixées à un jour marqué, l'échéance du jour interpelle naturellement & met le débiteur en demeure, car il s'étoit obligé de payer au jour marqué : mais par nos moeurs, les interêts ne courent point du jour de l'échéance de la somme dûe, l'interpellation même extrajudiciaire ne suffit pas, elle doit être faite en Justice, & les interêts ne courent que lorsqu'on les a demandés expressément par exploit & que l'on a obtenu Sentence qui condamne à les payer ; alors même la Sentence ne condamne à les payer que du jour qu'ils ont été demandés, & non du jour de la demeure.

(*a*) La contestat. en cause. *Leg.* 122. §. 2. *D. de verb. oblig.*

426. Que si le débiteur, sans attendre la Sentence, s'obligeoit vo-

lontairement ſur la demande au payement des interêts, ils ſeroient réputés uſuraires & conſtitués en fraude de la Loi.

Il y a néanmoins des dettes ſi privilégiées qu'elles portent interêt d'elles-mêmes : tels ſont 1°. Les deniers des mineurs (*a*), parce que les tuteurs par le devoir de leur charge ſont obligés d'en faire un emploi utile. 2°. Le reliquat d'un compte (*b*) de la tutelle, par la même raiſon. 3°. Les deniers dotaux, ſoit qu'ils ſoient dûs au mari, qui doit en jouir, pour ſoutenir les charges du mariage, ſoit qu'ils ſoient dûs à la femme, dont ils ſont le patrimoine. 4°. Le prix (*c*) d'un fonds vendu, parce que le vendeur eſt privé des fruits dont l'acquéreur jouit. 5°. Dans les lettres de change proteſtées, l'interêt du principal du change court du jour du proteſt, quoiqu'il n'ait point été demandé en juſtice.

(*a*) Leg. 7. §. 9. D. *admin. & per tut.*

(*b*) De Leg. §. 15.

(*c*) Leg. 18. §. 1. D. *de uſur.*

Il y a un cas auquel les intérêts ne peuvent être adjugés, lors même qu'ils ont été demandés en juſtice ; c'eſt lorſque la ſomme demandée conſiſte elle-même dans des interêts d'argent prêté, car on

ne peut demander l'intérêt de l'intérêt.

Autre chose est des arrérages d'un douaire, loyer, ferme, pension, rente fonciere, & des intérêts payés par la caution, dont on adjuge les intérêts, suivant un acte de notoriété du Châtelet de Paris du 18. Avril 1705.

427. Le second effet naturel des conventions, est la bonne foi pleine que se doivent l'un à l'autre les contractans; car nous n'admettons point dans notre Jurisprudence la distinction du Droit romain entre les contrats qu'ils appelloient *bonæ fidei*, & ceux qu'ils nommoient *stricti juris*.

Parmi nous les Juges ont toujours le pouvoir de donner aux conventions toute l'étendue que la bonne foi & l'équité peuvent exiger.

428. Le troisieme effet naturel des conventions est l'égalité dans les conventions intéressées; en effet, toute obligation qui n'a point de cause est naturellement nulle : or dans les conventions intéressées, les parties n'ayant nulle intention de se donner gratuitement, mais

leur vœu commun étant que chacune d'elles reçoive autant qu'elle donne; celui qui a plus reçu qu'il n'a donné, a sans cause cet excédent, & par conséquent est tenu par le droit naturel, ou de le rendre, ou de résilier la convention.

De-là deux conséquences; la premiere, que les qualités de la chose doivent être naturellement connues à l'un & à l'autre des contractans, d'où il suit que le vendeur est tenu de déclarer franchement les défauts (a) qui auroient empêché l'acquéreur d'acheter la chose, ou de l'acheter aussi chere.

(a) *Leg.* 4. *Leg.* 11. §. 5. *D. de act. empt.*

La seconde, c'est qu'encore qu'aucun des contractans n'ait manqué à la bonne foi, si par l'évenement il se trouve de l'inégalité dans le fonds même du traité, elle doit être réparée par le supplément de ce qui manquoit, ou la refusion de ce qui avoit été donné de trop, suivant les regles & les tempéramens que nos Loix civiles ont établis sur la rescision des contrats.

429. Le quatriéme effet naturel des conventions, est la prestation des fautes commises; c'est une suite de la plûpart des conventions que

l'un des contractans se trouve chargé de la chose ou de l'affaire de l'autre, & alors la nature de la convention, aussi-bien que l'équité naturelle, exige de lui une garde plus ou moins vigilante de la chose, ou un soin plus ou moins exact de l'affaire dont il est chargé ; quand il y manque, cette omission s'appelle faute en matiere de conventions.

Il semble que la mesure de ce soin, soit trop indéterminée & trop dépendante des circonstances particulieres, pour être assujettie à des regles fixes & immuables : on peut établir cependant des principes généraux qui peuvent beaucoup servir à diriger la religion des Juges.

En consultant d'abord le simple droit naturel, on pensera que celui qui se trouve avoir en sa garde & sa possession la chose d'un autre, est tenu seulement d'en avoir le même soin qu'il en auroit si elle étoit à lui-même, & cette regle est fondée sur l'obligation d'aimer son prochain comme soi-même, mais non au-delà : on ne peut donc rien reprocher à celui qui a fait pour les autres tout ce qu'il feroit

pour soi-même en pareil cas, pourvu néanmoins qu'il ait de ses propres affaires un soin tel que la condition de l'homme & la raison le demandent à une personne sensée ; car s'il agissoit autrement pour lui-même il seroit inexcusable, il doit donc l'être aussi en agissant pour les autres.

L'habile Commentateur de Puffendof va plus loin, & soutient qu'on est obligé à faire tout ce dont on est capable, mais jamais à davantage de quelque nature de contrat qu'il s'agisse, & il entend par ce dont on est capable, ce qu'on feroit pour soi-même dans les choses qu'on prend le plus à coeur.

430. Les Loix romaines ont distingué trois sortes de fautes ; la grossiere *lata culpa*, la commune *levis culpa*, & la legere *levissima culpa*.

La faute grossiere (*a*) est l'omission de ce soin, que tous les hommes ne manquent jamais d'apporter à leurs propres affaires, comme de laisser la porte de sa maison toute ouverte pendant la nuit ; la faute commune est l'omission de

(*a*) *Leg.* 223. *D. de Vide* S.

soi

ſoin, que les perſonnes un peu attentives apportent à leurs affaires, comme de n'avoir pas prévenu un incendie arrivé par la négligence des domeſtiques, à un Chirurgien d'avoir bleſſé le bras en ſaignant; la faute legere eſt l'omiſſion de ce ſoin qui ne ſe trouve que dans les peres de familles, les plus vigilans & les plus attentifs, comme de ne point munir de barreaux ou de véroux les fenêtres d'un ſecond étage.

Selon les Loix romaines, dans toutes les conventions on n'eſt pas moins reſponſable des fautes groſſieres que de la mauvaiſe foi, avec laquelle on les confond: 1°. Lorſqu'on ne s'eſt chargé de quelque choſe, que pour faire plaiſir à un autre, comme dans le dépôt on n'eſt reſponſable que des fautes les plus groſſieres (*a*). 2°. Lorſqu'il s'agit de l'utilité commune (*b*) de celui qui charge & de celui qui eſt chargé, comme dans la vente, le louage, la ſociété, le gage, la dot, on n'eſt reſponſable que des fautes communes. 3°. Lorſqu'il ne s'agit que de l'utilité de celui qui eſt chargé, comme dans le prêt (*c*), il répond des fautes les plus legeres.

(*a*) *Leg.* 23. *D. de reg. Jur.*

(*b*) *Leg.* 5. §. 2. *D. commod.*

(*c*) *Leg.* 5. §. 6. & *Leg. D. commod. Inſt. tit. quib. mod. rei contr. oblig.* §. 2.

431. Mais ſoit qu'on s'en tienne aux regles preſcrites par les Juriſconſultes romains, ſoit qu'on préfere la nôtre, ou celle de M. Barbéirac, il faut toujours ſavoir qu'elles ne ſont pas ſi invariables qu'elles ne manquent dans quelques cas particuliers.

Ainſi quand on s'eſt ingéré de ſoi-même à prendre en main le ſoin du bien ou des affaires d'un autre, quelque gratuitement qu'on le faſſe, on doit répondre des moindres (*a*) fautes: ainſi quelquefois la nature des engagemens exprès ou tacites, dans leſquels on eſt entré, demande un certain degré ou d'habileté, ou d'exactitude, & c'eſt par cette raiſon que celui qui ne s'eſt chargé d'une commiſſion ou d'une affaire d'un autre, que pour lui faire plaiſir & à ſa priere, eſt néanmoins reſponſable des fautes légeres qu'il commet dans ſon adminiſtration, *aliena quippe negotia exacto officio geri debent.*

Il en eſt de même du tuteur, parce que les fonctions confiées par l'autorité publique doivent être remplies avec une religieuſe exactitude.

(*a*) *Leg.* 11. *D. de reg. Jur. Juſt. tit. de oblig. quæ ex quaſ. contr. naſc.* §. 1. *in fin.*

Il faut prendre garde auſſi de ne pas étendre la preſtation des fautes au-delà du but & de la nature du contrat ; ainſi ſi le ſoin de notre bien ou de nos affaires ſe trouve en concurrence avec le ſoin du bien ou des affaires d'autrui, & qu'il faille néceſſairement abandonner l'un ou l'autre, il eſt naturel que le premier l'emporte (*a*), & qu'on penſe à ſoi plutôt qu'aux autres.

Enfin, ſi l'on a reglé (*b*) par la convention la maniere dont la partie répondra de ſes fautes, il faut s'y tenir, *legem enim contractus dedit.* On répond même des cas fortuits, lorſqu'on en eſt convenu par le traité, quoiqu'ils ne ſoient point en notre puiſſance, & qu'on n'ait pas pu les prévoir, comme une inondation, un orage.

432. Le cinquiéme effet des conventions eſt que celui qui doit profiter du bien doit ſouffrir auſſi la perte, *ſecundùm enim* (*c*) *naturam eſt, commoda cujuſque rei eum ſequi quem ſequuntur & incommoda.*

Après tout ce que nous avons dit dans ce Chapitre & dans les précédens, il ne reſte plus que d'en

(*a*) *Argum.* *Leg.* 20. *D. de protor.* *Leg.* 16. §. 1. *D. de recept.*

(*b*) *Leg.* 23. *D. de reg. Jur.*

(*c*) *Leg.* 10. *D. de reg. Jur.*

réunir en quelque ſorte les parties ſous un point de vue par l'expoſition des principales diviſions des conventions.

CHAPITRE SEPTIEME.

De la diviſion des conventions.

433. SI on les conſidere par leur eſſence même, on les diviſe en gratuites, qui n'obligent que d'un côté, comme la donation, le prêt ; & intéreſſées dans leſquelles l'obligation eſt reciproque, comme la vente, la ſociété.

Si l'on examine l'effet que leur donne la Loi, elles ſont ou purement naturelles, c'eſt-à-dire, ſoutenues par la ſeule équité naturelle, mais deſtituées de toute force dans le for extérieur. Telle eſt la dette dûe à un Cabaretier pour du vin vendu par aſſiette dans ſa maiſon; telles ſont encore les dettes du jeu, pour leſquelles on n'a point d'action en Juſtice, les dettes preſcrites, les dettes contractées par une femme non autoriſée par ſon mari ; telle eſt encore la promeſſe contenue

dans une donation qui n'eſt point paſſée pardevant Notaires : tout l'effet du lien de l'équité dans ces obligations eſt d'empêcher la répétition lorſqu'elles ont été acquittées volontairement.

Les obligations purement civiles ſont celles qui ſont ſoutenues ſeulement par une interprétation trop ſubtile du droit civil, mais qui ſont deſtituées de cette équité naturelle, qui ſeule les peut rendre légitimes.

Enfin les obligations mixtes ſont celles qui ſont également ſoutenues par le concours de la loi naturelle & de l'autorité du droit civil ; la loi leur donne un effet tantôt plus, tantôt moins grand, & ſous cette vûe, on les diſtingue en celles qui emportent hypotheque, & celles qui ne l'emportent pas, en exécutoires & non exécutoires : les obligations exécutoires ſont celles que le créancier peut faire exécuter de plein droit par la ſaiſie & exécution des biens de ſon débiteur, ſans être obligé d'obtenir auparavant de Sentence qui le condamne à payer: telles ſont toutes les obligations paſſées pardevant Notaires.

Si l'on considere les conventions par la forme en laquelle elles sont contractées, elles sont ou écrites ou simplement verbales : les conventions écrites sont ou sous seings privés, ou pardevant Notaires ; les unes & les autres se contractent ou par le seul consentement, ou par la prestation réelle de quelque chose, ou par quelque fait qui donne lieu à l'obligation, comme dans le prêt, le dépôt, le gage.

Si l'on fait attention au nombre des personnes qui s'obligent, les obligations sont ou solidaires, ou non solidaires ; solidaires, lorsque chacun des co-obligés peut être contraint seul au payement de toute la dette.

Si l'on envisage leur durée, on verra qu'elles sont perpétuelles, ou seulement à tems. 2°. Elles sont ou transmissibles aux héritiers, ou s'éteignent dans la personne de celui qui les a contractées : ainsi l'obligation d'un fait purement personnel, comme d'épouser une certaine personne ; le profit d'une institution contractuelle ne passent point aux héritiers.

Si l'on considere l'affaire où elles

[in]terviennent, elles sont ou prin[ci]pales, ou accessoires à d'autres [o]bligations & destinées à les assû[r]er, comme le cautionnement & [l]a convention du gage ou de l'hy[p]othéque.

Si l'on jette les yeux sur les mo[di]fications qu'on y peut apposer, [e]lles sont pures & simples, ou à [te]rme ou conditionnelles.

Enfin si l'on envisage leur objet, [o]n verra qu'elles sont divisibles ou [i]ndivisibles, certaines ou incertaines, [d]éfinies ou indéfinies, & s'il s'agit [d]'y donner ou d'y faire quelque chose, *sunt vel rei vel facti.*

TITRE NEUVIEME.

De l'action qui naît de la donation.

434. LA donation, suivant le droit naturel, ne consiste que dans la convention de donner une chose par le motif de la libéralité (*a*).

Mais si l'on réunit sous un point de vûe les différentes formalités dont nos Loix ont rendu l'usage

(*a*) Leg. 1. D. de donat.

néceſſaire pour la validité des donations, on la définira un contrat civil par lequel le donateur transſfere irrévocablement, par le motif de la libéralité, la propriété d'une choſe qui lui appartient à une perſonne qui l'accepte.

Si l'on conſidere les donations, par rapport aux conditions dont elles ſont ſuſceptibles, on les diviſe en donations pures & ſimples, & donations conditionnelles; donations révocables, & donations irrévocables; donations ſans charges, & donations onéreuſes.

435. Si on les enviſage par rapport au motif du donateur, elles ſe diviſent en donations purement gratuites, & donations rémunératoires; donations ſimples, & donations mutuelles; donations entre-vifs, & donations à cauſe de mort.

La donation rémunératoire eſt celle qui ſe fait pour récompenſe des ſervices reçus du donataire; ſi ces ſervices ſont eſtimables à prix d'argent, & tels que le donataire puiſſe avoir action en Juſtice pour en être payé, ce n'eſt plus une donation que de nom, c'eſt le payement d'une dette : mais ſi ces

ſervices

services étoient de nature à n'être payés que par l'hommage libre & noble de la reconnoissance, la récompense qu'en fait le donateur est une vraie donation.

La donation mutuelle est celle par laquelle deux personnes s'entredonnent la totalité, ou une partie de leurs biens, à celui des deux qui survivra l'autre, & comme chacun y est payé de ce qu'il donne, & paye ce qu'il reçoit, il semble que la donation mutuelle devroit être plutôt regardée comme une convention interessée, que comme une véritable donation (*a*), cependant nos Loix les ont assujetties aux regles des donations; elles ont jugé que les parties s'étoient portées à s'entredonner par le motif d'une affection reciproque & d'une libéralité, qui pour être mutuelle ne cesse pas d'être libéralité; car c'est par les termes que les hommes expriment leur intention.

(*a*) *Leg.* 3. *p. si viro D. de don. inter. vir. Leg. eodem.* Dumoulin, sur l'article 155. de la Coutume de Paris.

436. La donation entre-vifs est celle qui se fait par le motif de la libéralité, sans aucune pensée de la mort.

La donation à cause de mort est celle où la pensée & la crainte d'u-

ne mort prochaine est le seul motif de la libéralité, de sorte qu'on aimeroit mieux conserver la chose pour soi-même, que d'en faire présent au donataire : mais on aime mieux qu'il l'ait que de la laisser à son héritier. C'est ce caractere qui rend la donation, à cause de mort, essentiellement révocable au gré du donateur, par sa nature même, & par l'intention de celui qui la fait (a).

(a) Leg. 35. D. de mortis causa donat.

Les donations à cause de mort, lorsqu'elles sont faites par actes de convention entre deux personnes qui contractent, sont nulles dans nos moeurs ; il n'y a de valables que celles qui sont faites par actes de simple disposition, tel que le testament. C'est l'ancien esprit de la Jurisprudence françoise, attesté par Dumoulin, qui s'exprime ainsi: *Quod autem donatio causa mortis nullo modo valet, quando est in forma contractus, justè institutum est odio suggestionum.* La nouvelle Ordonnance en a fait une Loi précise ; elle porte qu'il n'y aura à l'avenir en France que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, la donation entre-vifs & le testament (b).

(b) Ord. art. 3.

437. La donation peut donner lieu à deux actions différentes; l'action du donataire contre le donateur, pour le contraindre à l'exécution de ſa donation. L'action du donateur ou de ſes héritiers, contre le donataire, ſoit pour l'accompliſſement des charges de la donation, ſoit pour la révocation de la donation, dans les cas où cette révocation eſt autoriſée.

SECTION PREMIERE.

De l'action du donataire contre le donateur.

IL eſt viſible que cette action ne peut avoir lieu, que lorſque la donation n'a point été accompagnée d'une tradition réelle, & de la délivrance effective des choſes données; car quand le donataire a une fois reçu la choſe donnée, que lui reſte-t-il à demander? Il faut voir à qui, contre qui, en vertu de quel titre, & pour quelles choſes cette action compete, ce qu'elle renferme, & les exceptions qu'on y peut oppoſer.

CHAPITRE PREMIER.

A qui & contre qui l'action de la donation compete.

438. ELle ne compete que contre ceux qui peuvent donner, & à ceux qui sont capables de recevoir.

Pour pouvoir faire une donation valable, il faut avoir la capacité nécessaire pour contracter, & même le pouvoir d'aliéner (a), parce que le contrat emporte aliénation; de-là il suit que ceux qui sont morts civilement, ceux qui n'ont pas l'usage de la raison, les mineurs qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt-cinq ans, & qui par conséquent ne peuvent faire d'actes tendans à l'aliénation de leurs fonds, ne peuvent faire de donation; que les femmes mariées n'en peuvent faire aussi sans l'autorisation de leurs maris.

(a) Paris, art. 272. Orl. 275.

439. Ceux qui sont malades de la maladie dont ils décedent, ne peuvent aussi, dans nos moeurs, faire une donation entre-vifs, quand

même ils auroient dit qu'ils donnent entre-vifs & irrévocablement (a).

La Loi juge qu'ils s'abusoient eux-mêmes, & qu'en pénétrant jusqu'au fond de leur véritable intention, leur libéralité n'étoit produite que par la vûe de cette mort prochaine qui les menaçoit.

(a) Paris, art. 277. Orl. art. 297.

440. S'il y a des personnes qui sont incapables de donner, il y en a d'autres qui le sont de recevoir; cette incapacité est absolue ou relative : l'incapacité absolue ne se trouve qu'en ceux qui sont tombés dans la mort civile, par la Profession religieuse, ou par la condamnation à mort, & aux Galères à perpétuité.

L'incapacité relative est fondée sur la présomption de la Loi, qui regarde comme suggérées les donations faites à ceux qui ont trop d'empire sur l'esprit du donateur. Sur ce principe, l'Ordonnance de 1539. annulle les donations faites directement ou indirectement aux tuteurs, curateurs & autres administrateurs, par les personnes qui sont en leur puissance, & sous leur autorité.

La coutume de Paris & celle d'Orléans, par un tempérament d'équité, excepte les ascendans, pourvu qu'ils ne soient point remariés, & leur disposition forme le droit commun. Sous le nom d'administrateurs, on doit entendre les Maîtres d'Ecole, Pédagogues, Précepteurs & autres personnes qui ont inspection sur la conduite des jeunes gens (*a*).

441. La Jurisprudence des Arrêts a étendu la rigueur de l'Ordonnance aux Médecins, Chirurgiens & Apothicaires, à qui leurs malades feroient des libéralités qui excéderoient les bornes d'une juste reconnoissance, aux Solliciteurs de Procès & autres personnes à qui l'on a confié le soin d'affaires dont dépend la fortune ou l'honneur, aux Confesseurs & aux Monasteres dont ils peuvent être membres (*b*).

442. La même présomption de suggestion a fait défendre dans plusieurs coutumes tous les avantages entre conjoints, qu'ils pourroient se faire ou directement ou indirectement (*c*). Elle a fait aussi prescrire les dispositions, que les personnes qui ont vécu ensemble dans un

(*a*) Ord. de 1539. art. 131. Déclar. de Fév. 1549. Coutume de Paris, art. 276. Orléans, art. 296.

(*b*) Livon. Regle du Droit Fr. titre des testamens, regle 29. & 30.

(*c*) Paris, art. 282. Orl. 280.

commerce illicite, auroient pû faire au profit l'un de l'autre (*a*), lorsqu'elles excédent les alimens, ou le juste dédommagement pour la réparation de l'honneur (*b*).

L'honnêteté publique a aussi fait étendre la prohibition aux bâtards : ils ne peuvent recevoir de leurs peres & meres naturels, que des libéralités modiques, qui sont plus ou moins restraintes, suivant la qualité de l'union à laquelle ils doivent leur naissance (*c*).

443. C'est encore la crainte des suggestions qui a déterminé l'Ordonnance à établir que ceux qui veulent entrer dans les Communautés Religieuses, ne peuvent faire aucune donation, ni au Couvent dans lequel ils se préparent à faire Profession, ni à aucune autre Communauté (*d*). La Déclaration de 1693, a fait une exception à cette rigueur en faveur des Communautés de Religieuses établies depuis 1600. & même des Communautés d'ancienne fondation, lorsqu'elles en ont obtenu une permission particuliere.

444. Non-seulement toutes les personnes dont on vient de parler

(*a*) Ord. de 1629. art. 132.

(*b*) Brod. sur Louet, lettre D. ch. 43.

(*c*) Ricard, des donat. part. 1. n. 417.

(*d*) Ord. d'Orléans, art. 19. de Blois, art. 28.

sont prohibées de se donner, on doit encore renfermer dans la même prohibition, tous ceux qu'on peut regarder comme personnes interposées, tels sont les peres & les enfans des personnes probibées (a); autrement il seroit trop facile d'éluder la loi, & comme elle est fondée sur un intérêt public, tout acte qui dégénéreroit en donation, quoiqu'on l'eût déguisé sous un autre nom, devroit être annullé.

(a) Arrêt du Parlem. en forme de Reglem. du 15. Fév. 1729. Voy. la note sur l'art. 280. de la Cout. d'Orléans.

CHAPITRE SECOND.

En vertu de quel titre, & pour quelles choses l'action de la donation compete?

445. Le soin de conserver les biens dans les familles, & l'avantage de mettre un frein aux libéralités indiscretes, qui sont presque toujours suivies du repentir, a porté nos Législateurs à assujettir la donation à plusieurs formalités inconnues à la simplicité du droit naturel: ces formalités sont donc nécessaires pour que le titre de la donation soit valable & produise une action.

La premiere de ces formalités, est le ministere d'un Notaire ; la seconde, l'acceptation expresse & formelle ; la troisieme, l'irrévocabilité ; la quatrieme, la tradition ; la cinquieme, enfin, l'insinuation.

446. Mais les donations faites par contrat de mariage, en faveur des conjoints ou de leurs descendans, sont exemptes de la plupart de ces formalités ; il suffit qu'elles soient passées pardevant Notaire & qu'elles soient insinuées, & ni l'acceptation expresse, ni la tradition, ni l'irrévocabilité n'y sont nécessaires (a).

La liberté de faire toutes sortes de conventions dans les contrats de mariage, n'est bornée que par les regles seules de l'équité naturelle (b), ce qui, outre la faveur du mariage, est fondé sur ce que le mariage ne pouvant se rétracter, il n'est pas juste aussi qu'on puisse rétracter les conditions, sans lesquelles il n'auroit point été fait.

(a) Ord. des donat. art. 3. 10. 13. 17. 39.

(b) Cout. d'Orléans, art. 202.

447. La donation est donc nulle, si l'acte qui la contient n'est passé pardevant Notaire, & revêtu de toutes les formes prescrites par les loix, pour les actes passés parde-

vant Notaires, & s'il n'en reſte minute (*a*) : ſans cela, le donateur pourroit ſe ménager indirectement la liberté de diſpoſer de l'acte de la donation de concert avec le donataire, qui recevroit ſans peine toutes les conditions qu'il plairoit au donateur de lui impoſer, la donation n'auroit donc plus ce caractere d'irrévocabilité, que nos loix ont rendu ſi eſſentiel à ſa validité.

(*a*) Ord. des donat. art. 1. & 2.

448. La ſeconde formalité néceſſaire pour la validité de la donation, eſt l'acceptation expreſſe & formelle à la vérité (*b*). La néceſſité de l'acceptation priſe en elle-même eſt le droit naturel; car il eſt évident que l'engagement ne ſe forme, & que le donataire ne peut acquérir de droit, que par le concours de ſa volonté avec celle du donateur (*c*) : mais que cette acceptation doive être en termes formels, ſans qu'on puiſſe avoir égard aux circonſtances, qui ſuppoſeroient ou qui feroient préſumer une acceptation tacite, cela ſeroit d'un droit purement arbitraire, ſi cela n'étoit formellement établi par l'Ordonnance.

(*b*) *Ibid.* art. 5.

(*c*) *Leg.* 55. *D. de oblig. & act.*

La donation eſt donc nulle quand

même le donataire auroit été présent à l'acte & qu'il l'auroit signé, ou quand il seroit entré en possession des choses données, si dans l'acte il n'est fait aucune mention de son acceptation (*a*); car ces circonstances font bien connoître la volonté qu'il a eu d'accepter, mais elles ne l'expriment point. Or il faut une acceptation expresse; il ne paroît pas nécessaire cependant que le terme d'acceptation se trouve dans l'acte, si l'acceptation est exprimée par des termes équivalens, quoique cela souffre difficulté.

(*a*) Ord. art. 6.

449. Si l'acception est faite par une femme mariée, elle sera nulle, si elle n'est revêtue de l'autorisation de son mari (*b*); sans laquelle la femme mariée ne peut contracter en quelque façon que ce soit: or c'est contracter que d'accepter.

(*b*) Ord. art. 9.

Les donations ne peuvent donc engager le donateur, ni produire aucun autre effet, que du jour qu'elles auront été acceptées par le donataire, & jusqu'à l'acceptation le donateur est en droit de révoquer son don (*c*). Ainsi si le donateur ou le donataire viennent à mourir avant l'acceptation, leurs

(*c*) Ord. art. 5.

volontés ne pouvant plus se réunir pour former un engagement, la donation est anéantie, & ne peut plus avoir aucun effet.

450. L'acceptation est tellement nécessaire, que les mineurs mêmes ne peuvent être restitués contre le défaut d'acceptation (a), quand même leur tuteur, contre qui ils ont leur recours, seroit insolvable, & quand même aussi la donation auroit été faite par le tuteur à son mineur; car, par le défaut d'acceptation, il n'y a point eu de donation, & la restitution ne peut faire que ce qui n'a point existé ait existé, ni rendre valable un acte que la loi a rendu nul.

(a) *Ibid.* art. 14.

451 On vient de voir en quelle forme l'acceptation doit être faite; il faut à présent sçavoir par quelles personnes elle peut être faite.

Il n'est pas absolument nécessaire qu'elle le soit par celui-là même à qui elle est faite, pourvu qu'elle le soit par quelqu'un qui le représente suffisamment; ainsi l'acceptation peut être faite par le Procureur général ou spécial du donataire (b): mais elle ne peut l'être par les Notaires stipulans pour le donataire

(b) Ord. art. 5.

absent (*a*); car ils n'ont aucun pouvoir pour cela, & leur ministere se borne à recevoir par écrit les conventions dont les Parties conviennent devant eux & en être les témoins authentiques.

(*a*) *Ibid.*

452. Quoique les mineurs, lorsqu'ils ont atteint l'âge de sept ans, puissent rendre leur condition meilleure, & par conséquent accepter eux-mêmes les donations qui leur sont faites, elles peuvent être encore acceptées par leurs tuteurs ou curateurs (*b*), qui sont comme les Procureurs légaux des mineurs : elles peuvent l'être aussi par leurs peres & meres & autres ascendans, encore même qu'ils n'aient pas la tutelle de leurs enfans, l'affection & le voeu de la loi sont leur Procuration.

(*b*) Ord. art. 7.

Par la même raison, les Administrateurs des Hôpitaux & des Hôtels-Dieu, représentant suffisamment ces établissemens de Charité, sont autorisés à accepter les donations qui leur sont faites (*c*), ainsi encore les donations faites pour le Service Divin, pour Fondations particulieres, ou pour la subsistance des pauvres d'une Paroisse peu-

(*c*) Ord. art. 8.

vent être acceptées par les Curés & Marguilliers (a).

(a) Ibid.

453. Malgré la néceſſité rigoureuſe de l'acceptation, il y a néanmoins un cas où la donation eſt valable ſans acceptation, ni expreſſe, ni même tacite; c'eſt lorſqu'une donation contient pluſieurs degrés de perſonnes appellées ſucceſſive- aux biens donnés, comme lorſqu'une donation a été faite en faveur d'une perſonne & des enfans qui en naîtront, ou qu'elle a été faite immédiatement aux enfans nés & à naître d'une certaine perſonne, ou que le donataire a été chargé de reſtituer après ſa mort à Titius les biens donnés; dans le premier cas, la donation vaut en faveur des enfans nés du donataire (b); dans le ſecond, en faveur des freres & ſœurs nés depuis la donation (c); dans le troiſieme, en faveur de Titius par la ſeule acceptation du donataire immédiat (d): la raiſon en eſt que la donation faite au ſubſtitué étoit une condition attachée à la donation principale; la bonne foi ne permet donc pas au premier donataire, qui n'a reçu qu'à la charge de reſtituer à ceux que le dona-

(b) Ord. art. 11.

(c) Ord. art. 12.

(d) Ord. art. 11.

teur lui avoit désigné, de combattre son propre titre, ni de refuser d'accomplir une condition à laquelle il s'est soumis.

454. La troisiéme formalité nécessaire pour la validité de la donation est l'irrévocabilité (*a*); la loi sçavoit que les hommes se portent bien plus facilement aux libéralités, qu'ils sont les maîtres de révoquer quand il leur plaît, qu'à celles qui les dépouillent irrévocablement de ce qu'ils donnent; c'est pour cela qu'en donnant beaucoup plus d'étendue à la liberté de disposer par donation entre-vifs que par testament, & permettant par la premiere de donner la totalité de ses propres & le cinquieme seulement par testament, elle a en même tems attaché aux donations entre-vifs la nécessité de l'irrévocabilité, & déclare nulles toutes celles qui seront conçues, de maniere à laisser directement ou indirectement au donateur la faculté de pouvoir les révoquer, si elles ne sont faites par contrats de mariage au profit des conjoints.

(*a*) Ord. art. 3. & 4.

De-là il suit: 1°. Qu'une donation faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule vo-

lonté du donateur eſt nulle (*a*): mais ſi l'exécution de la condition dépendoit encore de la volonté d'une autre perſonne, la donation pourroit être valable ; telle eſt, par exemple, une donation où le donateur auroit ſtipulé qu'elle demeureroit réſolue s'il venoit à ſe marier, à plus forte raiſon la condition purement caſuelle n'annulle-t-elle point la donation : il en eſt de même de la clauſe que les biens donnés retourneront au donateur, après la mort du donataire, ſans enfans, ou après un tems déterminé.

Il ſuit en ſecond lieu du principe de l'irrévocabilité, qu'une donation des biens préſens ou à venir (*b*), ou même des ſeuls biens préſens du donateur, eſt nulle ſi elle eſt faite à condition de payer les dettes & charges de la ſucceſſion (*c*) ; car créant des dettes autant qu'il lui plairoit, il feroit le maître de réduire à rien la donation : il en eſt de même d'une donation faite à condition que le donataire ſera tenu d'acquiter indéfiniment le teſtament du donateur : mais s'il étoit dit ſeulement que le donataire acquiteroit le teſtament juſqu'à concurrence

(*a*) Ord. art. 16.

(*b*) Ord. art. 15.

(*c*) Ord. art. 16.

currence de dix-mille livres, la donation ne feroit nulle que pour cette fomme (*a*).

Par la même raifon, la claufe par laquelle le donateur chargeroit le donataire de payer les légitimes de fes enfans, au-delà de ce dont il peut en être tenu de droit, rendroit la donation nulle (*b*); en un mot, toute donation faite à condition d'acquiter d'autres dettes & charges que celles qui exiftent lors de la donation devient nulle, lorfque l'exiftence future de ces charges dépend de la volonté du donateur (*c*).

455. La quatrieme formalité néceffaire pour rendre la donation valable eft la tradition (*d*): il n'eft pourtant pas néceffaire qu'elle intervienne au moment de la donation, car il paroîtroit abfurde que pour fe défendre d'exécuter une promeffe, on pût alléguer le défaut même d'exécution, & qu'on fût déchargé de livrer une chofe qu'on a promis de livrer, précifément, par ce qu'on ne l'a pas livrée.

Il fuffit donc que la tradition fe faffe pendant la vie du donateur, fans quoi la donation deviendroit

(*a*) *Ibid. in fin.*

(*b*) *Ibid.*

(*c*) *Ibid.*

(*d*) Ord. art. 15. Coutume de Paris, art. 273. & 274.

nulle vis-à-vis de ses héritiers ; telle est la disposition commune des coutumes : mais cette tradition peut s'accomplir par équivalent, quoiqu'elle n'ait point été faite réellement. Elle est donc censée faite, lorsque le donateur par l'acte de la donation s'est réservé l'usufruit de la chose donnée, ou qu'il s'est constitué possesseur, au nom du donataire (a), locataire précaire ou fermier du donataire, ou qu'il ne jouit plus qu'à titre de précaire ; le donataire alors est réputé posséder par celui qui n'est en possession qu'en son nom.

Dans la coutume d'Orléans, il est nécessaire à la vérité que la tradition intervienne dans l'instant même de la donation : mais dans cette coutume, la dessaisine saisine équipolle à la tradition de fait (b), pourvu qu'elle soit passée devant Notaire, & que le donateur ne continue pas pendant tout le cours de sa vie de conserver la possession de la chose donnée (c) : cette dessaisine saisine n'est autre chose que l'acte par lequel le donateur déclare au donataire qu'il lui transfere tout le droit qu'il a sur la chose donnée,

(a) Paris, art. 275.

(b) Orl. art. 278.

(c) Orl. art. 283.

& s'en dessaisit en sa faveur ; c'est une tradition purement verbale & feinte.

456. Quoique par le droit commun, il ne soit pas nécessaire de faire la tradition dans l'instant de la donation, il faut cependant que cette tradition au moins eût pû se faire dans ce tems ; car suivant l'Ordonnance des donations (*a*), aucune donation entre-vifs, excepté celles qui se font en faveur de mariage, ne peut comprendre d'autres biens, que ceux qui appartiennent au donateur dans le tems de la donation.

De-là vient que les donations des biens présens & à venir du donateur sont déclarées nulles, même pour les biens présens parce que la donation des biens présens, & celles des biens à venir, c'est-à-dire des biens qui se trouveront dans la succession du donateur au jour de son décès, ne font qu'une seule & même donation, étant jointes par le donateur dans une même disposition, & par-là assujetties indivisiblement aux mêmes charges ; celles des biens à venir tombent également sur les biens présens (*b*).

(*a*) Ord. des donat. art. 15.

(*b*) Ricard, des donat. p. 1. n. 206. & suiv.

De-là vient encore que les institutions contractuelles (*a*) d'héritiers ne peuvent être valables, que lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage en faveur des conjoints, puisque cette institution n'étant que la donation de la succession du donateur, en l'état qu'elle se trouvera au jour de son décès, elle n'est pas susceptible de tradition pendant sa vie, la succession d'une personne n'existant qu'après sa mort.

(*a*) Ord. art. 13.

De-là vient enfin que lorsque la donation renferme des effets mobiliaires, dont elle ne contient pas une tradition réelle, il doit en être fait un état signé des Parties, qui demeure annexé à la minute de la donation (*b*).

(*b*) Ord. art. 15.

Cet état opere une espece de tradition feinte, & assure à la donation la certitude & l'irrévocabilité qui lui sont essentielles, en constatant les meubles qui en font l'objet.

457. Outre les quatre formalités dont on vient de parler, & qui sont equises pour l'essence & la validité intrinseque de la donation, même à l'égard du donateur, il y a une cinquieme formalité dont le défaut n'empêche pas la validité de la do-

ation vis-à-vis du donateur (*a*), mais la rend nulle à l'égard des tiers, c'est l'insinuation : l'insinuation est la description de l'acte de donation dans les Registres publics de la Jurisdiction.

(*a*) Ord. art. 27.

Elle n'est pas nécessaire dans les donations de choses mobiliaires, lorsqu'il y a tradition réelle, ou que l'objet n'excede pas la somme de mille livres (*b*); elle ne l'est pas même dans les donations d'immeubles faites par contrat de mariage en ligne directe (*c*) : mais toutes autres donations entre-vifs, mutuelles, même rémunératoires, ou pour Services ou Fondations, doivent être insinuées (*d*).

(*b*) Ord. art. 22.

(*c*) Ord. art. 29.

(*d*) Ord. art. 20.

458. Cette insinuation doit être faite au Greffe des Bailliages ou Sénéchaussées Royales, ou autre Siége Royal ressortissant nuement dans les Cours de Parlement, tant du domicile du donateur, que de la situation des biens donnés : mais si ce sont des meubles, ou même des immeubles, qui n'aient point d'assiette, il suffit que l'insinuation soit faite en la Jurisdiction du donateur (*e*).

(*e*) Ord. art 23.

Si la personne est domiciliée, ou les biens situés dans une Justice

Seigneuriale, l'insinuation doit se faire au Greffe du Siége, qui a la connoissance des cas Royaux dans le lieu du domicile, ou de la situation des biens (*a*).

(*a*) *Ibid.*

459. L'insinuation doit être faite dans les quatre mois à compter du jour de la donation (*b*), pour que la donation puisse avoir son effet du jour de sa date vis-à-vis des tiers intéressés, sinon elle ne l'aura contre eux que du jour de l'insinuation, qui peut toujours être faite tant que le donateur est vivant, même après la mort du donataire (*c*); car le donateur ne peut revenir contre son propre fait, & la donation étant accomplie à son égard sans insinuation, il ne peut empêcher que le donataire, ou ceux qui le représentent, ne prennent les précautions nécessaires, pour s'assurer l'effet de la donation contre les tiers; si le défaut d'insinuation ne peut être opposé par le donateur, il le peut être non-seulement par les créanciers, mais même par les héritiers & légataires du donateur; en un mot, par tous ceux qui y ont intérêt, & dont la donation n'a point été le propre fait (*d*).

(*b*) Ord. de Moulins, art. 58.

(*c*) Ord. art. 26.

(*d*) Ord. art. 27.

460. Ce défaut d'insinuation peut être opposé à toutes sortes de donataires, même aux mineurs, sans qu'ils puissent espérer de restitution, en cas même d'insolvabilité de leur tuteur (*a*); car la loi n'accorde point la restitution aux mineurs au préjudice d'un droit acquis à des tiers: les mineurs n'ont donc qu'un recours personnel contre leur tuteur. Il en est de même des interdits, des Communautés & des femmes mariées; toutes ces personnes n'ont qu'une action d'indemnité, contre les administrateurs de leurs biens (*b*).

Si cependant ces administrateurs étoient les donateurs (*c*), la donation auroit son effet, parce que ceux qui pourroient opposer le défaut d'insinuation ne pourroient en profiter qu'en devenant débiteurs de l'action en garantie, qui appartiendroit à ceux qu'ils attaqueroient.

(*a*) Ord. des donat. art. 32.

(*b*) Ord. art. 28.

(*c*) Ord. art. 30. & 31.



CHAPITRE TROISIEME.

Quelles preſtations renferme l'action de la donation, & quelles ſont les exceptions qu'on y peut oppoſer.

461. CEs preſtations naiſſent des engagemens du donateur; le principal engagement du donateur eſt d'exécuter ſa promeſſe, & de faire délivrance de la choſe donnée (*a*) : mais il n'y peut être contraint par le donataire, qu'autant qu'il peut le faire ſans être réduit à l'indigence & à la néceſſité (*b*).

Il n'eſt pas même tenu de payer les intérêts du retardement, s'il a été en demeure de livrer la choſe donnée (*c*), & après la délivrance faite, il n'eſt point tenu de la garantir comme le vendeur (*d*); la raiſon en eſt qu'il n'a entendu donner que le droit tel qu'il l'avoit en la choſe donnée.

Toutes les cauſes qui révoquent la donation, depuis qu'elle eſt accomplie, préſentent autant d'exceptions au donateur contre l'action du donataire, lorſque la donation

(*a*) P. 2. *Inſt. de don.* *Leg.* 35. *Cod. eodem.*

(*b*) Leg 12. *D de donat. Leg.* 28. & 573. *D. de reg. Jur.*

(*c*) *Leg.* 22. *D. de donat.*

(*d*) *Leg.* 8. *p. ult. de donat.*

tion n'a point encore été consommée par la tradition ; ainsi lorsque le donateur est demeuré en possession, jusqu'à son décès, de la chose donnée, les héritiers du donateur sont en droit d'exciper contre l'action du donataire, que la donation est devenue nulle, par cette retenue de la possession, suivant la regle commune des coutumes *donner & retenir ne vaut* (*a*).

Le défaut d'insinuation est encore une exception de cette espece : mais lorsque le donataire a été mis en possession par le donateur, ce qui donnoit une exception devient une action, que la loi offre au donateur pour révoquer sa donation.

(*a*) Paris, art. 273.

Il faut donc passer présentement aux actions du donateur contre le donataire.

SECTION SECONDE.

Des actions du donateur contre le donataire, qui naissent de la donation.

462. LA premiere, est si le donataire n'est pas accompli les conditions ou les charges, sous

CHAPITR…

Quelles pr… dè la d… exc…

46… …n lui avoit été …ore à tems de les …oit être condamné …les charges ne peu- …accomplir, & qu'elles …avoir été le principal mo- …donation ; la donation se- …larée nulle & résolue, & le …ataire condamné à rendre au …nateur les choses données (*b*).

Les autres actions du donateur, ou de ses héritiers, naissent des diverses causes qui operent la résolution de la donation ; telle est l'ingratitude du donataire, la survenance d'enfant au donateur, le retranchement pour la légitime des enfans, & la réduction des donations, en vertu de l'Edit des secondes Noces.

463. La loi de la reconnoissance est le premier devoir du donataire : son ingratitude le rend donc indigne de la donation ; aussi la loi venant au secours du donateur punit le donataire par la révocation de la donation (*c*).

C'est le dédommagement & la réparation qu'elle accorde au donateur, lorsque par une injure grave, le donataire l'a fait souffrir

(a… Inst… L… C…

(c) *Leg. ult. Cod. de rev. don. Leg. 9. eodem.*

considérablement dans sa personne, son honneur ou ses biens (a) :

C'est à la religion du Juge à peser les différentes circonstances de la qualité des personnes, & des liaisons qui sont entre elles, pour déterminer si l'injure & l'ingratitude sont de nature à mériter cette punition.

Comme c'est sa propre injure que le donateur poursuit, cette action lui est personnelle, & ne passe point à ses héritiers, s'il ne l'a intentée de son vivant : le donateur est censé avoir remis l'injure lorsqu'il est décédé sans se plaindre ou même lorsqu'il a laissé passer l'année sans intenter son action (b).

Comme cette révocation est plutôt une punition du donataire, que l'effet d'une condition qui soit censée attachée à la donation, les aliénations que pourroit avoir fait le donataire, & les hypotheques dont il pourroit avoir chargé les choses données, demeurent en leur entier, & ne sont point résolues par cette révocation, qui n'a point d'autre effet que de retirer des mains du donataire ce qu'il possede, & en l'état qu'il le possede (c).

(a) Ibid.

(b) Ibid.

(c) Leg. 7. Cod. de revoc. donat.

464. Il n'en eſt pas de même de la révocation qui arrive par la ſurvenance d'enfans au donateur ; elle ſe fait en vertu d'une condition préſumée dans la donation ; car qui eſt-ce qui donneroit ſes biens, s'il prévoyoit avoir un jour des enfans qui duſſent lui ſuccéder ? C'eſt en vertu de cette condition attachée par la loi à la donation, conformément au vœu du donateur, qu'au moment de la naiſſance d'un enfant au donateur, la donation eſt tellement révoquée de plein droit que le donateur rentre dans la propriété des biens donnés (*a*), ſans qu'il ſoit même néceſſaire qu'il en faſſe la demande en Juſtice (*b*). Les biens donnés rentrent donc alors dans le patrimoine du donateur exempt de toutes les charges & hypotheques, que le donataire auroit pu y impoſer ; le donateur peut même ſuivre les choſes données contre les tiers détempteurs (*c*), & tout cela a lieu, quand même l'enfant feroit mort peu de tems après ſa naiſſance, & avant l'action intentée par le donateur (*d*).

La donation ne peut pas même revivre par aucun acte confirmatif,

(*a*) *Leg.* 8. *Cod. de rev. don.* Ord. des donat. art. 39. Voyez la Loi 102. *D. de cond. & demonſtr & 40. p. ult. D. de pact.*

(*b*) Ord. art. 41. 42. 43. Voyez la Loi 4. *Cod. de pact. int. impt.* Et la Loi derniere *in fine de D. Leg. comm.*

(*c*) Ord. art. 42.

(*d*) Ord. art. 43.

postérieur à la survenance d'enfant (*a*) ; car le donateur étant redevenu Seigneur de la chose donnée, il ne peut plus la faire passer de nouveau au donataire, que par une nouvelle donation revêtue de toutes les formes que la loi exige pour cette espece d'acte (*b*).

La loi va jusqu'à n'avoir aucun égard à toutes les clauses par lesquelles le donateur, dans le contrat originaire de la donation, auroit renoncé directement (*c*), ou indirectement (*d*), au bénéfice de cette révocation ; elle juge qu'il s'abusoit lui-même, & qu'il parloit contre sa pure & véritable intention cachée au fond de son ame.

Mais tant que la naissance de l'enfant n'a pas été notifiée au donataire, il est réputé possesseur de bonne foi : il n'est donc tenu de rendre les fruits que du jour de cette notification ; mais il les doit de ce jour, quand même la demande en révocation n'auroit été formée que long-tems après (*e*).

465. Une condition absolument néceissaire pour cette révocation, est que le donateur n'eût aucun enfant légitime né dans le tems de la

(*a*) *Ibid.*

(*b*) *Ibid. in fin.*

(*c*) Art. 44.

(*d*) *Ibid.* art. 42.

(*e*) Ord. art. 41.

donation (*a*), quoiqu'il fût peut-être déjà conçu (*b*) ; la légitimation, par le mariage subséquent a le même effet que la naissance d'un enfant légitime (*c*).

(*a*) *Ibid.* art. 39.
(*b*) Ord. art. 40.
(*c*) Art. 39. *in fin.*

Si par le contrat de mariage l'un des conjoints avoir fait une donation au profit de l'autre, elle ne seroit point révoquée par la naissance d'un enfant commun (*d*) ; comme on ne se marie que pour avoir des enfans, il est visible que le conjoint donateur n'étoit point arrêté par la considération des enfans qui pouvoient naître de son mariage : mais si la donation entamoit la légitime de ses enfans, ils pourroient la faire réduire ; car c'est une maxime certaine en cette matiere, qu'où le bénéfice de la révocation par survenance d'enfans cesse, celui du retranchement pour la légitime prend sa place. (*e*).

(*d*) Art. 39.
(*e*) Voyez ci-dessus, tit. de la légitime.

466. Ce retranchement a lieu dans toutes les donations faites par personnes ayant enfans : mais si dans le nombre des donataires, il s'en trouvoit qui eussent droit de légitime, ils pourroient retenir leur légitime par voie d'exception, & ne pourroient être contraints à abandonner que le surplus.

Il est visible que la prescription ne peut commencer à courir contre les légitimaires que lorsque la succession est ouverte ; car ce n'est que dans cet instant qu'ils ont une action (*a*) : mais les tiers possesseurs de bonne foi pourront opposer la prescription (*b*), sauf aux légitimaires leur action contre les donataires, qui auront aliéné la chose donnée & profité du prix.

467. Le retranchement de la légitime n'est pas la seule réduction que peuvent souffrir les donations ; l'Edit des secondes Noces de 1560, en a introduit un autre contre ceux qui passent à de secondes Noces, lorsqu'ils ont des enfans d'un premier lit.

Cet Edit renferme deux dispositions ; la premiere défend à celui qui convole en secondes Noces, ayant des enfans, d'avantager son second, ou autre subséquent mari, ou sa seconde femme, plus que l'un de ses enfans pourroit prendre dans sa succession après son décès.

En pays de droit écrit, le retranchement qui se fait sur la donation, n'a lieu qu'au profit des enfans du premier lit (*c*) ; en pays coutumier,

(*a*) Ord. des donat. art. 38.

(*b*) Cout. de Paris, art. 113. & 114.

(*c*) *Leg.* 6. *Cod. de sec. nupt.*

les enfans des deux lits ont également part à cette réduction : mais elle n'a lieu que lorsqu'il se trouve quelque enfant du premier lit vivant lors du décès du donateur (*a*).

468. Les donations quoique mutuelles sont sujettes au retranchement porté par l'Edit des secondes Noces (*b*) : les avantages mêmes qui résultent des conventions ordinaires du mariage sont réductibles, comme si la femme qui se marie a apporté plus en communauté que son mari (*c*) : le préciput (*d*), le douaire, en ce qu'il excede le douaire coutumier (*e*), sont aussi réductibles à la part d'enfant.

469. Lorsqu'il s'agit de fixer la part d'enfant, on ne doit point comprendre dans la masse les biens dans lesquels le nouveau conjoint ne peut rien prendre, tels que ceux que le conjoint remarié a eu de la libéralité de son premier époux (*f*) : mais il doit avoir sa part dans les autres biens, suivant le nombre d'enfans, qui se trouveront vivans au jour du décès ; pour fixer le nombre, les petits enfans ne sont comptés que pour une tête, ou tous ensemble, ils représentent leur pere (*g*).

(*a*) Note sur le ch. 18. l. 3. des institutions d'Argou.

(*b*) Ricard, des donat. pag. 3, n. 1193.

(*c*) Ricard. *ibid.* Arrêt du 17. Sept. 1715. au Dict. des Arrêts.

(*d*) Arrêt du 10. Juil. 1705. Ricard, *ibid.*

(*e*) Acte de notor. du Châtel. de Paris, du premier Mars 1698.

(*f*) Second chef de l'Edit des secondes noces.

(*g*) Edit des second. noces, 1.er

Si cependant ils étoient enfans l'un fils unique, le sentiment le plus autorisé est que le second mari ne devroit avoir, en ce cas, qu'une portion pareille à celle de chacun des petits enfans (*a*).

La part d'enfant ne peut jamais être plus forte que celle de l'enfant le moins prenant dans la succession (*b*) : cependant si l'un des enfans se tenoit à un don moindre que sa légitime, le second mari seroit en droit d'avoir une portion égale à ce que cet enfant auroit pû prétendre pour sa légitime ; car la loi regle la part du mari, sur ce que l'un des enfans pourra prendre dans la succession (*c*), non sur ce qu'il y prendra effectivement ; & il ne doit pas dépendre de cet enfant, en n'usant pas de son droit, de donner atteinte à celui du mari.

470. Lorsque le conjoint en se remariant a donné indéfiniment une part d'enfant, & qu'il ne se trouve plus d'enfant vivant au jour de son décès, le second mari dans ce cas doit avoir la moitié des biens que la femme laissera ; car le mot de *part* ne peut s'entendre de la totalité, & quand il est indéfini, il se

(*a*) Arrêt de 1651. sur Louet, lett. N. n. 3.

(*b*) Edit des second. noces, premier chef.

(*c*) *Ibid.*

prend ordinairement pour la moitié (*a*).

471. La prohibition de la loi s'étend aux libéralités déguisées sous l'apparence d'autres actes, ou faites à des personnes interposées (*b*), & l'on regarde comme personnes interposées, les enfans ou ascendans de la personne prohibée ; quand la donation seroit même faite aux enfans qui naîtroient du second mariage, elle seroit renfermée dans la prohibition, ces enfans qui ne sont pas encore nés ; n'ayant pu mériter par eux-mêmes l'affection de la donatrice : si cependant il paroissoit en ce cas un motif légitime pour faire la donation, elle ne seroit point sujette à la réduction (*c*).

472. Les enfans prennent ce retranchement, encore même qu'ils renoncent à la succession de leur mere ; car c'est dans la seule qualité d'enfant, & non à titre d'héritier, que la loi le leur défere (*d*).

473. L'Edit des secondes Noces ne s'est pas contenté de restraindre le pouvoir de celui qui convole en secondes Noces, sur les biens qui lui sont propres ; il a été plus loin & porte qu'une femme (*e*) qui se

(*a*) Leg. 164. D. de verb. signif.

(*b*) Leg. 6. Cod. de sec. nupt. Nov. 22. cap. 27.

(*c*) Nouv. notes sur l'art. 203. sur la Cout. d'Orléans.

(*d*) Nov. 22. cap. 26. Leg. 7. Cod. de sec. nupt.

(*e*) Leg. 5. Cod. de sec.

marie ne peut aucunement avantager son nouveau mari de tout ce qu'elle a eu de la libéralité de ses prédécédens maris, & qu'elle est même tenue de le réserver aux enfans du mari de qui elle les tient, lesquels prennent cette réserve, non comme héritiers, mais comme appellés par la loi à la place du survivant : leur action, qu'on peut appeller *condictio ex lege*, a lieu même contre les tiers détenteurs des biens sujets à la réserve ; car c'est une charge de ces biens imposée par la loi, & qui les suit en quelques mains qu'ils passent : mais l'action des enfans n'est ouverte que lorsqu'ils survivent la donatrice ; aussi la prescription ne commence-t-elle à courir contre eux que de ce jour.

En pays de Droit Ecrit, au moment du second mariage, la propriété des biens acquis au survivant de la libéralité du conjoint prédécédé, passe de plein droit à ses enfans ; le conjoint qui se remarie n'en a plus que la simple jouissance (*a*) : il n'en est pas de même en pays coutumier, où il en conserve la propriété, mais à la charge de la réserve.

(*a*) *Leg.* 3. *Cod. D. de sec. nupt. Nov.* 2. *cap.* 2. *Nov.* 22. *Leg. ult. Cod. de bon. mat.*

474. Aux deux peines prononcées en faveur des enfans par l'Edit des secondes Noces, la coutume de Paris & celle d'Orléans (*a*), en ont ajoûté une troisieme, qui doit être restrainte à leur territoire : elles ordonnent que la femme qui convole en secondes Noces, ayant des enfans d'un lit précédent, ne pourra en aucune façon avantager son second mari des conquêts de sa premiere communauté, ni même en disposer à quelque titre & au profit de quelques personnes que ce soit, au préjudice des parts & portions qui doivent appartenir aux enfans du premier lit.

(*a*) Paris, art. 279. Orl. 203.

Dans cette espece de biens à laquelle néanmoins les enfans de tous les lits succedent également, la Jurisprudence a décidé que le mot de conquêt, comprend nonseulement les immeubles, mais même les effets mobiliaires de la premiere communauté (*b*), elle a fait plus, quoique la coutume ne parle que de la femme, & qu'il s'agisse d'une matiere pénale qui ne reçoit point d'extension, elle a néanmoins étendu sa disposition au mari, mais avec cette différence ; que la fem-

(*b*) Arrêt célébre du 4. Mars 1697.

me ne peut aliéner, à quelque titre que ce soit, la part de ses enfans du premier lit dans les conquêts de la premiere communauté ; & si elle se fait pendant son second mariage, si elle les vend, par exemple, ses enfans pourront évincer les acquéreurs, chacun pour sa part & portion, pourvu qu'ils ne soient point héritiers de leur mere; car s'ils l'étoient, étant en ce cas tenus de l'éviction, ils seroient garans de l'action même qu'ils intenteroient : au contraire, le second mari peut aliéner les conquêts à titre de commerce, & il lui est seulement défendu d'en disposer au profit de la femme qu'il épouse (*a*).

Au reste, la prohibition cesse & pour l'un & pour l'autre dès que le second mariage est dissout, & celui qui étoit grevé rentre dans tous ses droits, sans que les enfans de son premier lit puissent faire valoir alors la disposition de la coutume (*b*).

Il reste à observer que les conquêts ne doivent point entrer dans la masse des biens qui doivent servir à former la part d'enfant, puisque le second conjoint n'en peut nullement profiter.

(*a*) Arrêt de Sourdeval en 1731. au Parlement de Paris.

(*b*) Voyez les notes sur l'art. 203. d'Orl.

l'un n'a entendu donner que relati-vement à ce que l'autre lui donnoit, & non autrement (*a*).

(*a*) Ricard, du don mutuel.

Mais si l'inégalité résulte d'un retranchement qui se trouve à faire indirectement & par accident, & sans le fait des Parties qui ont eu dessein de faire un don mutuel égal, comme lorsque l'un des conjoints a beaucoup de dettes propres, ou des enfans qui peuvent demander sur la donation mutuelle, ou leur légitime, ou le retranchement porté par l'Edit des secondes Noces; ce retranchement accidentel a simplement son effet & ne donne point atteinte au surplus de la donation.

479. De ce principe de l'égalité parfaite, qui doit régner dans le don mutuel, & de ce qu'il ne peut comprendre que les biens qui se trouvent communs entre les conjoints, lors du décès de l'un d'eux, naît une foule de conséquences.

La premiere est que lorsqu'il y a exclusion de communauté, ou séparation de biens intervenue entre les conjoints, ils ne peuvent plus se faire de don mutuel.

2°. Lors même qu'ils sont communs, ils ne peuvent se donner mutuellement

tuellement ni l'usufruit de leurs propres, ni la propriété des meubles & conquêts de la communauté.

3°. Les deniers réservés propres, & les remplois dûs aux conjoints, n'entrent point dans le don mutuel, quoique leurs propres ameublis en fassent partie.

4°. Lorsqu'il est dû des récompenses à la communauté, par le conjoint prédécédé, les héritiers doivent en payer les intérêts au donataire mutuel, quand même ils n'hériteroient d'aucuns biens propres.

480. 5°. Si la femme renonce à la communauté, elle ne doit jouir en don mutuel que de la moitié des effets de la communauté; car en renonçant elle est obligée d'abandonner à son mari la moitié qu'elle avoit de son chef dans une communauté à laquelle elle renonce; autrement il n'y auroit plus d'égalité dans le don mutuel: elle ne peut prendre en vertu de son don mutuel, que la part de son mari dans la communauté; car il ne lui avoit donné que cette part (*a*).

6°. Lorsque l'un des conjoints est par le contrat de mariage donataire, au cas qu'il survive des

(*a*) Voyez Ricard, du don mutuel.

effets de la communauté, les conjoints ne peuvent plus se faire de don mutuel pendant le mariage; car l'autre n'a plus rien à donner: mais si l'un des conjoints n'étoit donataire que d'une partie de la communauté, comme de la moitié, ils pourroient se faire don mutuel du surplus: de même, si l'un étoit donataire seulement des meubles de la communauté, ils pourroient se donner par don mutuel les conquêts.

Mais s'il étoit porté dans le contrat de mariage, que la femme remporteroit dix mille livres, pour tout droit de communauté, il ne pourroit plus y avoir lieu au don mutuel, qui suppose une véritable communauté entre les conjoints.

Il en seroit de même si l'on avoit donné le choix à la femme de prendre dix mille livres, ou la moitié en la communauté, puisqu'alors l'événement du don mutuel seroit en la puissance de la femme, de qui il dépendroit qu'il y eût, ou non, communauté entre elle & son mari, à l'heure du trépas du premier mourant.

Il est bon d'observer ici, que si

les conjoints ne peuvent se donner plus que les effets de la communauté, ils peuvent se donner moins & ne pas user de la liberté entiere que leur donne la coutume.

Formalité du don mutuel.

481. L'Ordonnance des donations, art. 46, a déclaré qu'elle n'entendoit point comprendre dans ses dispositions, les donations mutuelles faites entre mari & femme, autrement que par contrat de mariage; ainsi l'acceptation expresse n'y est pas nécessaire.

L'autorisation du mari y est non-seulement superflue, mais indécente, puisqu'il est contre la raison & la bienséance, *ut aliquis in rem suam auctor fiat.*

Mais une formalité nécessaire, pour la validité du don mutuel, est qu'il soit passé pardevant Notaire, & qu'il en reste minute; autrement le mari demeureroit toujours le maître de le révoquer indirectement, ce qui dégénereroit en liberté de se faire des avantages indirects.

Aussi l'irrévocabilité y est-elle si essentielle que les conditions, non-seulement dont l'exécution dépend

de la volonté de l'un des conjoints, soit qu'elles soient réciproques ou non, mais celles mêmes qui dépendent du hazard & auxquelles le don mutuel a été attaché, lorsqu'elles ne sont pas réciproques, le rendent nul, parce que l'égalité est blessée.

A l'égard de l'insinuation, elle est pareillement requise pour la validité du don mutuel : l'article 284. de la Coutume de Paris en a une disposition expresse, que la Jurisprudence des Arrêts a étendue aux autres Coutumes.

De-là il suit qu'un donataire postérieur du mari peut opposer à la femme survivante le défaut d'insinuation, puisque suivant l'article 27. de l'Ordonnance des donations, le défaut d'insinuation peut être opposé généralement par tous ceux qui y ont intérêt autre que le donateur.

Il faut excepter cependant les héritiers du mari, qui ne peuvent opposer à la femme le défaut d'une insinuation dont le mari, des faits duquel ils sont tenus, étoit chargé comme administrateur.

Il n'est donc pas même nécessai-

re, vis-à-vis d'eux, que la femme fasse insinuer dans les quatre mois qui suivent la mort de son mari; & à l'égard des créanciers & tiers intéressés, cette insinuation lui seroit inutile n'étant plus à tems (a).

482. Le don mutuel n'est ouvert que par la mort naturelle du mari, & non par sa mort civile : mais pour que le survivant en jouisse, il faut qu'il présente caution; car le don mutuel de soi ne saisit point (b), l'héritier étant saisi de tous les biens du défunt.

Cette présentation équipolle à une demande en délivrance (c); d'ailleurs, il est de regle que l'usufruit ne peut être constitué sur des choses mobiliaires données par estimation, qu'en donnant caution d'en rendre le prix après l'usufruit fini; ce cautionnement représente le fonds & la propriété (d).

483. La Coutume demande encore que le survivant fasse inventaire; s'il ne le faisoit point, non-seulement il ne jouiroit point du don mutuel; mais s'il avoit des enfans mineurs, il perdroit encore les meubles qui devoient en faire partie, parce que les meubles tomber

(a) Ord. des donat. art. 26.

(b) Paris, art. 284.

(c) Ibid. art. 285.

(d) Voyez ci-dessus, de l'usufr.

roient dans la continuation de communauté ; & si dans la suite il faisoit inventaire il ne pourroit exercer son don mutuel que sur les conquêts immeubles.

484. Le donataire mutuel est tenu d'avancer les frais funéraires du prédécedé, & toutes les dettes de la communauté, & de payer pendant le cours du don mutuel, les arrérages des rentes (*a*) dûes par la communauté.

(*a*) Paris, art. 287.

Mais il n'est pas tenu d'avancer les legs faits par le prédécédé, & la femme ne confond ni le fonds de son douaire, lorsqu'il est d'une somme à une fois payer, ni les intérêts lorsqu'il est viager.

C'est aux héritiets du mari prédécédé à avancer le douaire, ou à en payer les intérêts, quand même ils n'hériteroient d'aucuns biens propres, sans cela le don mutuel ne seroit plus égal.

Les charges du donataire mutuel sont les mêmes que celles de l'usufruitier; enfin le don mutuel s'éteint par toutes les manieres par lesquelles l'usufruit s'éteint.

Après les conventions gratuites, suivent les conventions intéressées,

dont la premiere qui se présente, c'est la vente.

TITRE DIXIEME.

De l'action qui naît de la vente.

485. DE la vente naît une double action : l'action du vendeur contre l'acheteur, & de l'acheteur contre le vendeur.

Le vendeur conclut à ce que l'acheteur soit tenu de lui payer le prix de la marchandise qu'il lui a vendue & livrée, & s'il ne l'a pas livrée, aux offres de la lui livrer ; & faute de lui payer ledit prix, de lui en payer les intérêts provenans de sa demeure ; si c'est une chose mobiliaire, à compter du jour de la demande, & si c'est un immeuble, à compter du jour de la livraison.

L'acheteur conclut contre le vendeur à ce qu'il soit tenu de lui livrer la chose qu'il lui a vendue, aux offres qu'il fait de lui en payer le prix, & à faute de la livrer, qu'il soit condamné à lui payer ses dommages & intérêts résultans du re-

tardement de la délivrance.

486. Les engagemens naturels des parties dans ce contrat, les différentes clauses dont il est susceptible, & enfin l'ordre établi par la Loi en faveur des parens lignagers du vendeur, font encore naître diverses actions que le contrat de vente occasionne ; telle est l'action rédhibitoire, l'action récisoire pour lésion de plus de moitié du juste prix, l'action en garantie, l'action de reméré, ou retrait conventionnel, & enfin l'action de retrait lignager : c'est ce que nous allons voir en détail en commençant par expliquer la nature de l'action qui naît de la vente, & ce qu'elle renferme.

487. La vente est la convention de donner une chose pour une somme d'argent : ainsi trois choses forment l'essence de ce contrat, le consentement des parties, la chose ou marchandise, & le prix (*a*); de-là il suit qu'il ne peut y avoir de vente, s'il n'y avoit point de chose, ou s'il n'y avoit pas de prix.

Il en est de même si le vendeur & l'acheteur ne sont pas d'accord, ou sur la chose (*b*), ou sur le prix, ou

(*a*) *Leg.* 2. *p.* 1. *D. de contrah. empt.*

(*b*) *Leg.* 9. *D. de contr. empt. Leg.* 83. *p.* 1. *D. de verb. oblig.*

ou s'ils sont en erreur sur les objets (*a*) : mais s'il y a quelque incertitude dans la maniere dont la vente est conçue, & dans les termes qu'elle exprime, dans ce doute, on doit décider contre le vendeur, parce qu'il étoit le maître d'exprimer plus clairement la Loi qu'il entendoit prescrire (*b*).

488. Il y a des choses qu'on ne peut vendre, telles sont les choses communes, publiques & sacrées, & celles dont le commerce est défendu par les Loix de l'Etat (*c*) ; la vente est encore nulle, si la chose vendue ne peut exister : mais si c'étoit par un fait qui ne fût pas de la connoissance de l'acheteur, qui a pu croire probablement qu'elle existoit, le vendeur sera tenu de l'indemniser (*d*).

489. S'il y a des choses qui ne peuvent être vendues, il y a aussi des personnes qui ne peuvent vendre ; ainsi les mineurs & les interdits (*e*) sont incapables d'aliéner, & leurs tuteurs ou curateurs ne peuvent vendre leurs immeubles à peine de nullité de la vente, sans un Decret du Juge rendu sur un avis de parens (*f*).

(*a*) *Leg.* 57. *D. de oblig. & act. Leg.* 116. *D. de reg. Jur.*

(*b*) *Leg.* 21. *D. de contr. emp.*

(*c*) *Leg.* 6. *& Leg.* 34. *p.* 1. *D. de contrah. empt.*

(*d*) *Leg.* 62. *p.* 1. *D. de contrah. empt.*

(*e*) *Leg.* 26. *D. de contr. empt.*

(*f*) Livon. l. 1. tit. 2. regle 25. *tit. D. de reb qui sub tutel.*

Les Egliſes, Communautés & Bénéficiers ne peuvent auſſi vendre leurs fonds & leurs bois de haute futaïe, ſans permiſſion du Roi portée par des Lettres-patentes enregiſtrées au Parlement, après une information *de commodo & incommodo* (a).

Il n'eſt pas permis auſſi aux tuteurs & curateurs d'acheter des biens de ceux qui ſont ſous leurs charges (b), ni aux principaux Magiſtrats des Siéges, les biens qui ſe vendent dans leur Tribunal (c), ni aux Juges, Avocats, Procureurs & Huiſſiers d'acheter des droits litigieux, ou de prendre pour leurs ſalaires une part dans les procès où ils occupent, convention qu'on appelle *pactum de quotâ litis* (d).

Les Loix romaines défendoient auſſi la vente, ou tranſport des droits litigieux (e) : mais parmi nous, l'exception du vice de litige n'a point lieu (f) ; il eſt vrai que, conformément aux Loix célébres *ab Anaſtaſio & per diverſas* (g), celui contre qui des droits litigieux ou des droits ſucceſſifs, quand même ils ne ſeroient point litigieux, ont été cédés, peut les retirer ſur

(a) Mémoires du Clergé, part. 3. tit. 6.

(b) *Leg.* 34. *D. de contr. emp. Leg.* 5. *φ.* 3. *D. de aut. & conſ.*

(c) Ord. d'Orléans, art. 54.

(d) *Leg.* 5. *Cod. de poſth.*

(e) *Tit. Cod. de litigi.*

(f) Regle de Loiſel, l. 5. tit. 2. Régle 7.

(g) *Cod. mandat.*

l'acquéreur pour le prix qu'il les a achetés (*a*).

(*a*) Louet, let. C. n. 15. Cout. de Bourgone, tit. 4. art. 16. Sedan, art. 216.

490. Il y a des ventes pures & simples, il y en a de conditionnelles.

Dans les premieres, la vente est parfaite par le seul consentement des parties (*b*), & dès-lors la chose vendue est aux risques de l'acheteur (*c*) : de sorte que si elle périt, il doit en porter la perte ; il profitera par conséquent de l'augmentation, comme il souffriroit de la diminution.

(*b*) *Instit. de empt. Leg. 1. in fin. D. de contr. emp.*

(*c*) *Inst. p. 3. de empt. Leg. 1. Cod. de peric. & commod.*

Il y a une exception à cette regle, c'est lorsque le vendeur est en demeure de livrer la chose (*d*), ou qu'il ne l'a pas gardée avec l'attention d'un pere de famille raisonnablement exact & diligent ; car sa demeure, ou sa négligence, font tomber sur lui le péril de la chose (*e*).

(*d*) *Leg. 12. & 14. D. de peric. & commod. Leg. 15 p. ult. D. de rei vindic.*

(*e*) *P. 3. Instit. de empt. Leg. 5. p. 2. commod.*

Dans les ventes conditionnelles, la chose continue d'être aux risques du vendeur, tant que la condition est en suspens (*f*), jusques-là la vente n'est point encore parfaite, elle périt donc pour lui : mais si elle n'est que détériorée, l'acheteur sera obligé de la prendre en l'état

(*f*) *Leg. 10. p. 5. D. de Jur. dot. Leg. 7. de contrah. empt.*

qu'elle se trouvera ; car c'est à quoi il s'étoit engagé en contractant la vente (a).

Les ventes à l'essai, les ventes des choses qui se commercent au poids, au nombre & à la mesure, sont des ventes conditionnelles (b); car elles sont censées faites sous la condition que ces choses seront essayées, goûtées, pesées & mesurées.

491. L'engagement de l'acheteur est de payer le prix ; c'est le prix qui différencie la vente de l'échange, ainsi le prix ne peut être qu'en or ou argent monnoyé (c) ; la monnoie est la matiere choisie par l'autorité publique pour faire la mesure commune de toutes les choses utiles, & suppléer par sa valeur toujours uniforme à l'embarras des échanges (d).

492. L'égalité est la Loi générale de tous les contrats de commerce ; il n'est pas nécessaire cependant que ce soit une égalité rigoureuse & géométrique (e) : mais lorsqu'un immeuble a été vendu au-dessous de la moitié de sa juste valeur, la Loi civile vient alors au secours de l'équité, & donne au vendeur une

(a) *Leg.* 8. *D. de peric. & commod.*

(b) *Leg.* 35. *D. de contr. empt.*

(c) *P.* 2. *Instit. de empt.*

(d) *Leg.* 1. *D. de contr. empt.*

(e) *Leg.* 22. *§. ult. D. locat.* Voyez la Loi 8. *Cod. de resc. vind.*

action pour demander la résolution de la vente (*a*).

Il doit y conclurre à ce que les parties soient remises en tel & semblable état qu'elles étoient avant la vente, qui sera déclarée nulle & résolue, en conséquence de ce que l'héritage a été vendu plus de moitié moins qu'il ne valoit au tems de la vente; ce faisant, que l'acheteur soit condamné à lui rendre & restituer l'héritage par lui vendu, aux offres qu'il fait de lui en rendre le prix payé, si mieux n'aime ledit acheteur lui payer le supplément du juste prix.

493. L'engagement du vendeur est de livrer la chose vendue au terme convenu (*b*): mais si elle avoit péri, ou cessé d'être en son pouvoir sans sa faute, il seroit quitte de toute obligation (*c*); si c'étoit par sa faute, il devroit à l'acheteur des dommages & intérêts (*d*)..

Ces dommages s'estiment arbitrairement (*e*); il n'en est pas comme de ceux auxquels donne lieu la demeure où est l'acheteur de payer le prix (*f*); car ces dommages s'estiment toujours à l'intérêt au denier vingt du prix, c'est-à-dire,

(*a*) *Leg.* 2. *Cod. de resc. vind.*

(*b*) *Leg.* 11, *p.* 2. *D. de act. empt. & vend.*

(*c*) *P.* 3. *Instit. de Leg.* 31. *D. de act. emp.*

(*d*) *Leg.* 21. *p.* 3. *D. de act. empt. & Leg.* 43. *in fine de eodem.*

(*e*) *Leg.* 1. *D. de act. empt.*

(*f*) *Leg. ult. D. de peric. & commod.*

à la vingtieme partie du capital par chaque année.

494. La même Loi de l'égalité exige que les vices de la chose vendue soient connus à l'acheteur (*a*), au moins ceux qui empêchent l'usage de la chose, ou qui la diminuent considerablement (*b*); on les appelle vices rédhibitoires; telle est la pousse, la morve & la courbature dans la vente des chevaux (*c*).

Dans cette action rédhibitoire, l'acheteur conclut à ce que le vendeur soit condamné de reprendre la chose par lui vendue, attendu qu'elle est atteinte d'un vice rédhibitoire, & dont ledit vendeur est garant; & qu'il soit tenu de lui rendre & restituer le prix qu'il lui en a payé.

495. Un troisieme engagement du vendeur est de garantir la chose vendue (*d*); cette garantie est l'obligation de faire jouir l'acheteur sans trouble.

S'il arrive donc que l'acheteur soit évincé, ou troublé, par action hypothécaire, il doit sommer son vendeur en action de garantie, & conclurre contre lui à ce qu'il soit tenu de prendre son fait & cause;

(*a*) Leg. 1. D. de ædil. eodem.

(*b*) Leg. 1. §. 8. D. eod. Leg. 39. D. de act. emp. & 35. in fine D. de contrah.

(*c*) Inst. d'Argou, tit. de la vente.

(*d*) Leg. 1. D. de evict. Leg. 6. Cod. eodem.

faire cesser le trouble qui lui est fait pour raison de la chose vendue; l'en faire jouir paisiblement, & à faute de le faire, & en cas d'éviction, être condamné à lui rendre le prix, & en tous ses dommages & intérêts résultans de ladite éviction.

Si l'acheteur étoit troublé dans sa possession, ou par des voies de fait, ou par une force majeure, ou par le fait du Prince, ou qu'il fût évincé par l'autorité de la Loi, comme dans le retrait lignager, le vendeur en tous ces cas n'est point garant (*a*); la garantie n'a donc lieu que lorsque l'acquéreur est troublé, ou par celui qui se prétend propriétaire de la chose vendue, ou par des créanciers qui y ont un droit d'hypothéque.

(*a*) *Leg.* 11. *D. de evict.*

496. Les Ordonnances distinguent deux sortes de garanties, la garantie formelle, & la garantie simple (*b*).

(*b*) Ord. de 1667. tit. 8. article 1.

La garantie formelle est celle dont nous venons de parler; la garantie simple est celle qui a lieu dans les obligations personnelles, lorsque celui contre qui on agit originairement est à la vérité per-

ſonnellement obligé à la demande; mais à ſon recours contre un autre, qui eſt tenu de l'acquitter de ſon obligation, & qui y eſt lui-même perſonnellement obligé, comme le débiteur principal à l'égard de ſa caution.

De-là naît une différence qui conſiſte en ce que dans la garantie formelle, le garant eſt tenu de prendre le fait & cauſe du garanti, qui doit être mis hors de cauſe s'il le requiert, & la condamnation qui intervient n'a point lieu contre lui à l'égard des dépens.

Il n'en eſt pas de même dans la garantie ſimple, où le condamné doit être condamné perſonnellement envers le demandeur, ſauf de prononcer ſon recours contre le garant (*a*).

497. Ceux qui ont vendu des droits ſucceſſifs, ou une dette, ne ſont tenus ni de l'éviction des choſes héréditaires, ni de l'inſolvabilité des débiteurs (*b*); car l'un n'ayant vendu le droit que tel qu'il l'avoit ſur les choſes héréditaires ne garantit que ſes faits & ſa qualité d'héritier; & l'autre auſſi n'ayant vendu que le droit d'exiger une

(*a*) Ord. de 1667. tit. 8. art. 9. 10. 11. & 12.

(*b*) *Leg.* 2. & *Leg.* 4. *D. de hær. vel act.*

ſomme de ſon débiteur, eſt tenu ſeulement de garantir qu'elle lui étoit dûe : ſi cependant l'inſolvabilité étoit notoire, elle pourroit faire préſumer du dol de la part du vendeur, & ce dol annulleroit la vente ſuivant les circonſtances.

On diſtingue donc deux ſortes de garanties dans la vente des rentes ou autres dettes, la garantie de droit, & la garantie de fait. La premiere, que la rente appartient au cédant; la ſeconde, que le débiteur eſt ſolvable au tems de la vente ſi la dette eſt exigible, & qu'il le ſera au tems de l'échéance, ſi le terme n'eſt point encore échu.

Le vendeur d'une rente n'en doit la garantie de fait, que lorſqu'il a promis de la garantir, fournir & faire valoir; encore même le ceſſionnaire n'aura de recours contre lui, qu'après avoir diſcuté le débiteur de la rente (a), à moins que le vendeur ne ſe fût obligé de la faire valoir bonne, ſolvable & bien payable après ſimple commandement.

(a) Voyez ci-après, titre des cautions.

498. La garantie ceſſe, 1°. Lorſque le vendeur a déclaré qu'il ven-

doit ſans garantie. 2°. Lorſqu'il a déclaré le vice de la choſe & le droit que des tiers pouvoient y avoir : dans ces cas, il n'eſt pas même tenu de rendre le prix, s'il a ſtipulé qu'il vendoit ſans reſtitution de deniers (*a*). 3°. La garantie ceſſe ſi l'acheteur ſe laiſſe condamner par un jugement dont il n'y ait point d'appel, ſans dénoncer à ſon vendeur la demande qui lui avoit été faite (*b*).

499. Quoique la vente n'ait aucun défaut qui puiſſe l'annuller, & que le vendeur ne ſoit point évincé, il arrive quelquefois qu'elle eſt réſolue, ſoit en vertu d'une condition inhérente au contrat de vente, ſoit par l'effet de la Loi.

La premiere réſolution arrive dans le réméré ou retrait conventionnel ; la ſeconde, dans le retrait lignager, qui eſt proprement une éviction légale.

La clauſe de réméré conſiſte dans la faculté que ſe réſerve le vendeur de rentrer en l'héritage vendu, en rembourſant à l'acheteur le prix avec les frais & loyaux coûts.

(*a*) *Leg.* 11. *p. fin. D. de act. emp.* Voyez Brodeau ſur Louet, let. A n. 13.

(*b*) *Leg.* 29. *in fine D. de evict.*

Si cette faculté de retrait eſt ſtipulée indéfiniment, elle dure trente ans comme toutes les actions perſonnelles : lorſqu'elle ne l'a été que pour un tems limité, elle dure encore trente ans malgré la convention, ſi l'acheteur, après l'expiration du tems, n'a la précaution de faire aſſigner le vendeur, & de prendre un jugement qui le déclare déchu de la faculté de réméré (*a*).

(*a*) Livon. ch. des retraits, regle 6.

TITRE ONZIEME.

De l'action en retrait lignager.

500. L'Action de retrait lignager eſt une action que la Loi municipale accorde aux parens lignagers de celui qui a vendu ſon héritage, pour être préférés à l'étranger qui l'a acquis, & en conſéquence le lui faire délaiſſer en le rendant indemne de ce qu'il lui en a coûté pour l'acquérir.

Il faut connoître la nature de cette action, les contrats qui y donnent ouverture, les choſes qui y ſont ſujettes, les perſonnes à qui & contre qui elle compete, la for-

me en laquelle elle doit être exercée, les obligations qu'elle renferme, & son effet.

De la nature de l'action en retrait lignager.

501. Cette action est personnelle réelle ; elle est personnelle, puisque l'étranger n'avoit acquis qu'à la charge du retrait imposé par la Loi, *condictio ex lege* ; elle est aussi réelle *in rem scripta*, car elle s'intente non-seulement contre l'acquéreur qui a acheté de notre parent, mais aussi contre tous ceux qui auroient acquis de ce premier acquéreur, & auxquels l'héritage n'a pû passer qu'avec la charge dont il étoit affecté.

Cette action n'est point cessible (a), car elle est accordée à l'affection qu'on suppose dans les parens de la famille pour l'héritage vendu, affection qui ne peut se supposer que dans celui qui retire pour lui-même.

(a) Louet & Brodeau, let. R. n. 53. Loisel, tit. des retraits, regle 7.

Cette action, avant qu'elle soit intentée, n'est point proprement *in bonis* d'aucun de la famille ; ainsi elle ne passe point dans la succession à son héritier, qui ne pourra

l'intenter, à moins qu'il ne soit lignager lui-même (*a*).

Cette action de retrait est indivisible en ce sens, que le retrayant ne peut retirer une partie de ce qui a été vendu, il faut qu'il retire tout ce qui a été vendu par le même contrat (*b*); autrement, l'acquéreur qui n'auroit pas acquis une chose sans l'autre ne se trouveroit pas indemne.

(*a*) Paris, articl. 142.

(*b*) Orl. art. 394. Louet, let. R. n. 25.

Des contrats qui donnent ouverture à l'action du droit lignager.

502. Les Coutumes n'assujettissent au retrait que les contrats de vente (*c*) & non les donations (*d*); en effet, les Coutumes, en introduisant le retrait, n'ont point voulu donner atteinte au droit que chacun a de disposer de sa chose comme bon lui semble, en quoi consiste proprement la propriété: mais cette faculté de disposer recevroit une atteinte, si les donations donnoient lieu au retrait, parce que la faculté de disposer par donation renferme la considération personnelle de la personne à qui on donne; on ne donne pas pour donner simplement, mais pour donner à un tel.

(*c*) Paris art. 129.

(*d*) Orl. art. 387. Arrêt du 1. Mars 1619.

Il n'en eſt pas de même de la vente & autres contrats onéreux, la conſidération de la perſonne à qui nous vendons, n'y entre ordinairement pour rien, notre principale vue eſt d'avoir de l'argent, il n'importe de qui.

503. La coutume accorde le retrait, non-ſeulement dans le cas de la vente proprement dite, mais encore dans le cas des autres contrats à titre onéreux; tels que ſont la donation en payement, le contrat à rente viagere (*a*): tous ces contrats ſont cenſés compris dans ces termes dont ſe ſervent les coutumes, *quand aucun héritage eſt vendu.*

(*a*) Paris, art. 149. Orl. 397. Leg. 4. Cod. de evict.

En effet, il y a même raiſon, il n'importe de même à celui qui aliene, que ce ſoit celui avec qui il a contracté, ou le lignager, qui ait l'héritage qu'il a aliéné, il n'a eu en vue que d'acquérir la libération de ſa dette, ou de ſe procurer une rente viagere.

504. Il y a pourtant quelques contrats à titre onéreux, qui ne donnent pas lieu au retrait, ſçavoir: 1°. le contrat d'échange (*b*): la raiſon qu'on a coutume d'en alléguer, c'eſt que l'héritage que je reçois en

(*b*) Paris, art. 145.

contre-échange, tient lieu dans ma famille de celui que j'ai aliéné à ce titre (a).

Mais il y en a encore un autre, qui est que celui avec qui j'ai échangé mon héritage contre le sien, ne l'a aliéné qu'en considération du mien, & sous la condition qu'il auroit le mien : mais s'il y avoit un retour en argent excédant la valeur de la moitié de l'héritage le plus précieux ; celui qui donne le retour est censé acquérir l'héritage de l'autre à titre d'achat, & ne donner le sien que comme un supplément de prix : les deux seront donc sujets à retrait (b).

505. 2°. Le contrat de bail à rente non-rachetable ne donne pas non plus ouverture au retrait (c) ; la raison en est que la rente que le bailleur se réserve représentant l'héritage, on peut dire qu'il n'est pas entierement sorti de la famille ; il n'en seroit pas de même si la rente étoit rachetable (d).

Le bail à rente rachetable est regardé comme un contrat équipollent à vente, puisque l'acheteur étant le maître de racheter la rente quand il voudra, il ne tient qu'à lui

(a) Paris, art. 143.

(b) Orl. art. 384.

(c) Orl. art. 388.

(d) Paris, art. 137.

d'avoir l'héritage pour de purs deniers, ce qui fait proprement le caractere de la vente : il y a donc dans ce cas ouverture au retrait, du jour du bail, & non pas seulement du jour que la rente est rachetée.

Il y a un cas où le bail même à rente non-rachetable donne ouverture au retrait, c'est lorsqu'il y a des deniers d'entrée pour la valeur de plus de la moitié de l'héritage (*a*).

(*a*) Orl. art. 389.

Quelques coutumes du nombre desquelles est celle d'Orléans, exceptent aussi des aliénations qui donnent ouverture au retrait, l'adjudication par Decret (*b*) ; ce qui a été introduit en faveur des débiteurs indigens, afin que les acheteurs soient invités par-là à mettre plus facilement leur enchere.

(*b*) Orl. art. 400. *contr.* Paris, art. 150.

M. Delalande étend mal-à-propos cette action aux licitations qui se font en Justice, car il n'y a pas même raison.

Des choses sujettes à l'action de retrait lignager.

506. Il n'y a que les immeubles réels qui soient sujets au retrait (*c*), tels

(*c*) Paris, art. 144.

tels que ſont les terres, les maiſons, les rentes foncieres : les immeubles fictifs, tels que les rentes conſtituées, & les Offices n'y ſont point ſujets (*a*).

Pour que les immeubles réels ſoient ſujets au retrait, il faut qu'ils ſoient des propres du vendeur (*b*), c'eſt-à-dire, que le vendeur les poſſédât à titre de ſucceſſion, ſoit directe ou collatérale (*c*), ou à titre de donation, qui lui auroit été faite par ſes aſcendans (*d*), telles donations étant réputées des ſucceſſions anticipées.

Il y a quelques coutumes qui aſſujettiſſent au retrait même les acquêts (*e*), mais elles ſont contraires au droit commun : il y a néanmoins un cas où par la coutume d'Orléans (*f*) les acquêts & même les meubles ſont ſujets au retrait ; ſçavoir, lorſqu'ils ſont vendus par un même contrat, & pour un même prix, avec quelques héritages propres du vendeur.

(*a*) Paris, art. 147. Orl. art. 399.

(*b*) Paris, art. 129.

(*c*) Orl. art. 303.

(*d*) Paris, art. 278. Orl. 210.

(*e*) Normandie, art. 438.

(*f*) Orl. art. 395.

Quelles perſonnes ont droit d'intenter l'action de retrait lignager.

507. Le retrait lignager eſt accordé à toute la ligne d'où procede

l'héritage vendu : ceux-là sont parens de la ligne d'où l'héritage procede, qui sont parens du vendeur, du côté de celui qui a mis le premier l'héritage dans la famille.

Il ne suffit donc pas, pour être admis au retrait lignager, d'être parent du vendeur du côté de celui de la succession duquel il est échu au vendeur (*a*), il faut remonter jusqu'à celui qui le premier a mis l'héritage dans la famille, & être parent de ce premier auteur; il faut plus dans la coutume d'Orléans, il faut en être descendu (*b*).

(*a*) Paris, art. 129.

(*b*) Orl. art. 363.

Il suit de-là que dans cette coutume un héritage qui m'est échu par la succession d'un parent collatéral qui l'avoit acquis, ne peut être sujet à retrait lignager lorsque je le vendrai (*c*).

(*c*) Orl. art. 380.

508. Si l'héritage est depuis si long-tems dans la famille, qu'on ignore celui qui l'y a mis; en ce cas, le plus ancien de la famille, connu pour l'avoir possédé, sera censé l'y avoir mis (*d*).

(*d*) Voyez ci-dessus, tit. des successions.

Pour qu'on doive remonter à celui de la famille, qui le premier a possédé l'héritage, il faut que cet héritage ait passé toujours de suc-

cession en succession, depuis lui, jusqu'à celui qui l'a vendu : mais si depuis quelqu'un de la famille l'eût acquis à titre d'achat, ou même de donation entre-vifs, ou testamentaire, pourvu qu'elle ne soit pas faite par ascendans à un descendant ; en ce cas, on ne remonteroit qu'à ce dernier acquéreur (*a*).

509. On peut intenter l'action de retrait au nom d'un enfant, qui est encore dans le sein de sa mere, suivant le principe de droit *qui in utero est, jam pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (*b*). Mais cette action n'aura lieu qu'au cas qu'il vienne au monde vivant & à terme (*c*).

Un parent peut être admis au retrait lignager, quoiqu'il ne fût pas même encore conçu, lors du contrat qui y a donné ouverture (*d*) ; car c'est à la famille en général, que la loi accorde ce droit : il n'appartient à aucun de la famille en particulier, avant que l'action soit intentée ; ce n'est qu'en intentant l'action qu'on se l'acquiert, il suffit donc d'exister alors.

510. On peut aussi être admis au retrait, quoiqu'on soit devenu héri-

(*a*) Voyez Orl. art. 303.

(*b*) *Leg. 7. D. de stat. hom.*

(*c*) *Leg. 129. D. de Vide S. Leg. 2. Cod. de posth. hæred. Leg. 12. D. de stat. hom.*

(*d*) Louet, lettre R. n. 38.

tier du vendeur (*a*) ; car le vendeur n'étant point garant du retrait lignager que l'acquéreur a dû prévoir & à la charge duquel il est censé avoir acquis ; on ne peut opposer au retrayant la regle, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

(*a*) Paris, art. 142.

Le vendeur ne pourroit pas exercer lui-même le retrait ; car le retrait n'étant autre chose que le droit qu'a le parent de se rendre acheteur à la place de l'étranger, il est visible que ce droit ne peut subsister dans la personne du vendeur, puisqu'il y a contradiction qu'une personne soit en même tems vendeur & acquéreur ; au reste, le vendeur peut retirer pour quelqu'un de ses enfans (*b*).

(*b*) Loisel, titre des retraits, regle 20.

511. Entre plusieurs lignagers, c'est au plus diligent à intenter l'action de retrait, que cette action appartient (*c*), quelque éloigné que soit le degré auquel il est parent ; il est préféré à tous les autres ; quoique plus proches, pourvu qu'il ait intenté l'action dans les formes prescrites par la loi ; car sans cela, ce seroit comme s'il ne l'avoit pas intentée : que s'il y avoit concur-

(*c*) Cout. de Paris, art. 141. *contr.* Troyes, art. 145.

rence de jour & d'heure entre plusieurs retrayans, le plus proche seroit préféré (*a*); s'ils étoient tous en même degré, le retrait devroit leur être adjugé en commun par égales portions.

(*a*) Orl. art. 378.

Il y a un cas où suivant l'article 378, de la coutume d'Orléans, les enfans, & même les freres & sœurs du vendeur, sont préférés à un parent plus éloigné, qui auroit donné la demande plutôt qu'eux; ce cas est lorsqu'ils ont une portion indivise avec le vendeur dans l'héritage vendu.

Contre qui l'action en retrait lignager peut être intentée.

512. On ne peut retirer que sur l'acquéreur étranger de la ligne, & l'on doit entendre par ces termes, d'étranger de la ligne, tout acquéreur qui n'auroit pas les qualités, qu'on a dit ci-dessus être requises, pour exercer le retrait; car le retrait lignager n'est autre chose qu'une préférence que la loi accorde pour l'acquisition de l'héritage, à ceux qui ont ces qualités, sur l'acquéreur qui ne les a pas: ainsi dans la coutume d'Orléans, où il faut

être defcendu de celui qui a mis l'héritage dans la famille pour pouvoir retirer, le retrait peut être exercé fur l'acquéreur qui n'en eft pas defcendu, encore qu'il fût parent de cette ligne; car il n'eft pas du nombre de ceux à qui la loi a accordé la préférence dans l'acquifition.

Quelques Arrêts ont excepté en un cas l'Eglife de cette regle, fçavoir pour l'acquifition que l'Eglife feroit de dixmes inféodées (*a*), & cette exception eft fondée fur la pente naturelle de cette efpece de biens à retourner à l'Eglife.

(*a*) Loifel, tit. des retraits, regl. 13. art. 74. des libertés de l'Eglife Gallicane

513. Au refte, on peut retirer même fur le Seigneur, dans le fief duquel feroit l'héritage par lui acquis, mais on ne peut retirer fur le Roi, *qui eft folutus legibus*, & contre qui par conféquent le lignager ne peut oppofer la loi Municipale qui lui accorde le retrait : que fi le Roi n'étoit pas acquéreur, mais que comme Seigneur, il voulût exercer le retrait féodal, il ne le pourroit exercer fur le lignager, & même le lignager lui devroit être préféré contre un acquéreur étranger, parce que le Roi ufant alors lui-même

de la loi municipale, il ne peut en user que conformément à ce qu'elle prescrit.

514. Si l'acquéreur ou celui qui auroit acquis de lui, sont eux-mêmes lignagers, il est évident que le retrait ne peut être exercé sur eux (*a*); car *in pari causâ melior est causa possidentis* : mais si cet acquéreur lignager venoit à revendre l'héritage à une personne étrangere, cette vente donneroit ouverture au retrait qui pourroit même être exercé par le premier vendeur (*b*): il faut dire la même chose lorsque celui qui a retiré par retrait lignager revend l'héritage (*c*).

(*a*) Paris, art. 133.

(*b*) *Ibid.*

(*c*) Orl. art. 379.

Quoique l'acquéreur soit étranger, si la femme est de la ligne, le retrait n'a point lieu tant que le mariage dure : mais après la dissolution de la communauté, & lors du partage qui s'en fera, la femme lignagere, ou ses héritiers lignagers, peuvent exercer le retrait sur le mari, ou sur les héritiers du mari, qui ne seroient pas eux-mêmes lignagers, & cela dans l'année de la mort de l'un des conjoints & de la dissolution de communauté (*a*).

(*a*) Paris, art. 155.

Le retrait n'a pas lieu non plus

fur l'acquéreur étranger, lorfqu'il a des enfans qui font de la ligne (*a*); l'héritage ne paroît point en ce cas être entierement forti de la ligne où il doit rentrer, lorfque les enfans fuccéderont à leur pere.

(*a*) Cout. de Paris, art. 156. & 157.

Cette efpérance, il eft vrai, ne fait que fufpendre l'action de retrait; car fi elle vient à manquer, foit par le prédécès des enfans, foit par l'aliénation que l'acquéreur fait de l'héritage; en ce cas, l'action de retrait qui avoit été fufpendue commenceroit à avoir lieu, & comme elle n'eft fufpendue qu'en faveur des enfans, ils pourroient exercer eux-mêmes le retrait fur leur pere (*b*).

(*b*) Notes fur l'article 403. de la Cout. d'Orléans.

En quelle forme l'action de retrait lignager doit être intentée.

515. L'action de retrait doit être intentée dans l'année de la date de l'aliénation (*c*).

Dans les aliénations conditionnelles, l'année ne court que depuis l'exiftence de la condition (*d*): elle ne court auffi en toutes fortes d'aliénations, foit abfolues, foit conditionnelles, que du jour de l'infinuation (*e*).

(*c*) Paris, art. 129.

(*d*) *Leg. hæredit. vend. D. de contr. emp.*

(*e*) Edit de 1703. pour l'infinuation.

Dans

Dans quelques coutumes l'année ne court que du jour de la possession réelle & naturelle prise par le possesseur (*a*) : dans la coutume d'Orléans, si l'héritage est féodal, l'an du retrait ne court que du jour de la foi portée (*b*).

516. La demande en retrait est sujette à toutes les formalités que l'Ordonnance exige pour les autres demandes ; elle l'est en outre à des formalités particulieres requises par les différentes coutumes : telle est dans la coutume de Paris l'obligation de faire des offres, lors de la demande, & à toutes les journées de la cause (*c*) ; telle est dans la coutume d'Orléans celle d'élire domicile dans le lieu de la Jurisdiction où la demande est donnée (*d*).

L'observation de toutes ces formalités est tellement de rigueur, que si le retrayant manque à en observer une, il est déchu de sa demande en retrait, sans pouvoir en intenter une nouvelle (*e*).

517. Outre les formalités de la demande, les coutumes assujettissent encore le retrayant à diverses obligations, dont la principale est, qu'il doit dans les vingt-quatre heu-

(*a*) Anjou, art. 346. 350. Voyez Paris, art. 130.

(*b*) Orl. art. 130.

(*c*) Paris, art. 140.

(*d*) Orl. art. 367. & 368.

(*e*) Paris, art. 140. *in fine* Voyez Arrêtés de Lamoign. tit. du retrait, art. 44.

res de l'adjudication du retrait offrir à l'acquéreur le prix de son acquisition (*a*), les loyaux coûts & mises liquides (*b*); & si l'acquéreur refuse, le retrayant doit consigner dans ledit terme le prix & tout ce qui est liquide, le terme de vingt-quatre heures est continu, & comprend les heures de la nuit; il court même un jour de Dimanche (*c*): mais dans ce cas, les offres & consignations peuvent se faire nonobstant la révérence de la Fête.

Si le retrait est adjugé par Sentence contradictoire à l'Audience, le terme des vingt-quatre heures court depuis l'heure que le Siége a coutume de lever (*d*), si c'est par défaut, ou en Procès par écrit, le terme court depuis la signification (*e*).

Les offres se doivent faire dans la Maison de l'acquéreur; elles doivent être faites en especes ayans cours au jour qu'elles se font; elles doivent être entieres, un seul sol de manque sur toute la somme les rendroit nulles, & feroit décheoir le retrayant; elles doivent être attestées par deux témoins, qui signent le Procès-verbal du Sergent (*f*).

(*a*) Paris, art. 136.

(*b*) Orl. art. 370.

(*c*) Arrêt de 1603. rapp. par Lhote, sur la Cout. de Lorris. Loisel, tit. des retraits, regle 47.

(*d*) Nouv. notes sur l'art. 370. d'Orléans.

(*e*) Arrêt du 8. Juin 1605. & du 8. Mars 1610. rapp. par Fortin, sur Paris, *hic.*

(*f*) Nov. notes sur l'art. 370. de la Cout. d'Orléans.

Ces offres seules ne liberent point le retrayant, il faut qu'il consigne (*a*); comme le retrayant est Seigneur des especes jusqu'à la consignation, s'il arrivoit quelque augmentation ou diminution sur les especes, elles le regarderoient. Il ne peut pas dire que l'acquéreur doit l'indemniser de la diminution, à cause de son refus de recevoir, car le retrayant doit s'imputer de n'avoir pas consigné plutôt (*b*); ce qui a été dit pour l'intégrité des offres, a lieu pour la consignation.

518. Le retrayant dans le délai fatal de vingt-quatre heures doit rendre l'acquéreur entierement indemne; de-là il suit que le retrayant ne doit pas jouir du terme de payement accordé à l'acquéreur (*c*), il doit ou rembourser tout le prix, quoique l'acquéreur ne l'ait pas encore payé, & que le terme ne soit pas échu, ou lui rapporter la quittance, ou la décharge du vendeur; par la même raison, si l'acquéreur avoit constitué pour le prix une rente, il faudroit que le retrayant lui rapportât, ou des deniers à suffire pour la rembourser, ou bien la quittance, ou décharge du vendeur (*d*).

(*a*) *Leg.* 1. *Cod. qui pot. Leg.* 9. *cons. de sol.*

(*b*) Paris, art. 136.

(*c*) Par argument de l'art. 137. de la Cout. de Paris.

(*d*) Livon. tit. des retraits, regl. 58. & 59.

Si la rente dûe au vendeur étoit une rente viagere qui ne se pût racheter, ou une rente qui ne pût être rachetée qu'après un certain tems, il ne seroit pas juste que le retrayant se trouvât dans l'impossibilité d'user du droit de retrait que la coutume lui donne, faute de pouvoir rendre dans ce terme fatal l'acquéreur indemne.

Il ne seroit pas juste d'un autre côté que l'acquéreur demeurât obligé, pour raison d'une acquisition, dont il seroit évincé; c'est pourquoi on doit en ce cas condamner le vendeur à prendre pour son débiteur le retrayant à la place de l'acquéreur, à la charge néanmoins par le retrayant de donner une très-bonne & très-suffisante caution, si mieux n'aime le vendeur accepter le remboursement de la rente qui lui est dûe.

519. Le retrayant, pour rendre l'acquereur indemne, doit outre le prix de l'acquisition lui rembourser tous les loyaux coûts (*a*), tels que sont les frais du contrat, le centieme denier, les frais du voyage fait pour aller voir l'héritage, les frais de proxenete, les profits dûs pour l'acquisition.

(*a*) Paris, art. 129. *in fine.* Louet & Brodeau, let. S. n. 22.

Si le Seigneur par une considération personnelle pour l'acquéreur, lui avoit fait remise de la totalité ou d'une partie des profits, le retrayant n'en doit point profiter, & il doit les rembourser en entier (*a*); il en est de même d'un Secrétaire du Roi, qui auroit acquis dans la mouvance du Roi (*b*).

Dans le cas contraire, où le retrayant seroit privilégié, il ne seroit pas dispensé de rembourser à l'acquéreur, qui ne l'est pas, le profit qu'il auroit payé : mais il seroit subrogé à cet acquéreur, pour en avoir la répétition contre le Fermier du Domaine, les profits se trouvant n'être point dûs, au moyen de ce que par le retrait lignager le privilégié devient le véritable acquéreur (*c*).

520. Lorsque le retrait est exercé, avant que l'acquéreur ait perçu aucuns fruits de l'héritage, on lui doit les intérêts du prix qu'il a payé; car il doit être indemnisé, par ces intérêts, de l'usage de son argent dont il a été privé (*d*).

On doit aussi à l'acquéreur rembourser les impenses qu'il a faites dans l'héritage; mais seulement les

(*a*) Louet & Brodeau, lett. S. ch. 22.

(*b*) Voyez ci-dessus, titre des fiefs.

(*c*) Arrêt du 16. Déc. 1668. rapp. au Journal du Palais.

(*d*) Par's, art. 134.

Si la rente dûe au *on* pas celles
une rente viagere *utiles*, afin qu'il
cheter, ou une *de* lui de rendre le
être rachetée *facile* en faisant de ces
tems, il ne *dons*, que les lignagers
retrayant *peut*-être pas le moyen
bilité d' *rembourser*.
la co *Le retrayant* n'est obligé de rem-
voi *bourser* dans le terme fatal que ce
qui est liquide ; il lui suffit d'offrir
de payer le surplus, lorsque la li-
quidation en aura été faite, car il
ne doit pas être réduit à l'impossi-
ble.

Il reste à observer que le Juge après contestation en cause, peut quelquefois étendre le terme de vingt-quatre heures à un tems un peu plus long (*b*).

(b) Orl. art. 371.

De l'effet de l'action en retrait lignager.

521. L'effet du retrait lignager est de rendre le lignager acquéreur à la place de l'étranger, sur qui le retrait est exercé (*c*) ; l'acquisition de l'acquéreur étranger est donc résolue par le retrait lignager, & réduite *ad non actum, ad non causam* ; d'où il suit que toutes les hypotheques & autres droits, qu'il auroit pû créer sur l'héritage, se résolvent

(c) Dum. sur l'art. 23. de la Cout. de Paris, n. 144. Arrêt. Louet, let. R. n. 2.

…trait lignager suivant la re-
… *jure dantis solvitur jus ac-*

… retrait annulle l'ac-
…aite par l'acheteur étran-
…eanmoins il doit gagner les
…s qu'il a perçus avant la de-
…mande (*a*) ; car du moins jusques-là *habuit justam opinionem tituli*, ce qui suffit pour être possesseur de bonne foi & gagner les fruits (*b*) ; à l'égard de ceux perçus depuis la demande accompagnée d'offres réelles, il doit les rendre au retrayant (*c*).

La résolution de l'acquisition ne décharge pas cependant l'acheteur envers le vendeur de l'obligation des sommes qu'il devoit lui payer pour cette acquisition, parce qu'il n'a tenu qu'à lui de s'en faire rembourser préalablement par le retrayant, & c'est sa faute s'il ne l'a pas fait ; il peut encore moins prétendre les dommages & intérêts pour l'éviction qu'il souffre par le retrait, car la vente est censée faite à cette charge.

522. Le retrait transférant en la personne du retrayant l'acquisition, il suit que le retrayant a tous ses

(*a*) Orl. art. 375.

(*b*) Voyez ci-dessus, tit. de l'action pétitoire.

(*c*) Paris, art. 134.

droits actifs qui en résultent, tels que les auroit eu l'acquéreur étranger, comme l'action de garantie contre le vendeur.

L'héritage retiré par retrait-lignager, est un acquêt du lignager retrayant, puisqu'il l'acquiert véritablement à prix d'argent à la place de l'étranger, néanmoins il tient aussi de la nature de propre (*a*); car non-seulement c'est le droit du sang, qui lui a donné la préférence sur l'acquéreur étranger, mais aussi la fin de la loi, qui est de conserver l'héritage dans la famille, seroit frustrée, si l'on ne pouvoit pas retirer cet héritage des mains de l'héritier aux acquêts du retrayant.

(*a*) Paris, art. 139.

C'est pourquoi les coutumes ont accordé en ce cas une espece de retrait aux héritiers aux propres du retrayant, par lequel, en remboursant à l'héritier aux acquêts tout ce qu'il en a coûté au défunt pour retirer l'héritage, ils lui sont subrogés à l'effet de succéder en sa place à cet héritage (*b*).

(*b*) *Ibid.*

Dans ce retrait, on rembourse les impenses utiles faites sur l'héritage par le défunt, qui a été maître de les faire, n'ayant point de

trait à craindre sur lui-même ; il
seroit autrement des impenses
iles, ou améliorations faites par
héritier aux acquêts.

Si le défunt avoit acheté un hé-
tage de sa ligne, le même retrait
roit lieu sur son héritier aux ac-
quêts ; c'est l'esprit de la coutume
(*a*).

(*a*) Paris, art. 133.

TITRE DOUZIEME.

De l'action qui naît du contrat de louage.

523. LE louage en général est la convention de donner un usage pour un certain prix (*b*); quand un bailleur donne pour un tems l'usage & la jouissance d'une chose qui lui appartient, c'est le bail à loyer : quand il donne l'usage de son tems & de son travail pour de certains ouvrages, c'est un autre espece de louage assez différent du premier (*c*).

Non-seulement les propriétaires, mais les simples administrateurs, tels que les tuteurs (*d*), & les maris (*e*), peuvent faire des baux à

(*b*) *Instit. de locat.*

(*c*) *Leg.* 22. *p.* 1. *D. locat.*

(*d*) *Leg.* 27. *D. de adm. & peric. tut.*

(*e*) Paris, art. 227.

loyer, pourvu qu'ils les fassent sans fraude, & qu'ils ne soient pas faits par anticipation, ni pour plus de neuf années (*a*) : faire des baux dans ces bornes, fait partie de l'administration à l'égard des usufruitiers, tels par exemple que les Bénéficiers ; comme ils font leurs baux en leurs propres noms, plutôt que comme administrateurs, leur mort qui éteint leur droit éteint aussi le bail (*b*).

On en excepte seulement ceux qui sont pourvus d'un Bénéfice par résignation ou permutation, ils sont obligés d'entretenir le bail fait par leur prédécesseur, de la libéralité duquel ils tiennent en quelque sorte le Bénéfice (*c*) ; les autres sont seulement tenus de laisser achever aux Fermiers l'année commencée, jusqu'après la récolte des fruits (*d*) ; & les Fermiers ne peuvent prétendre aucune indemnité contre les héritiers du titulaire qui leur a fait le bail, pourvu qu'il ne l'ait fait qu'en qualité de Bénéficier (*e*).

Les Tuteurs ne peuvent prendre à bail les biens de leurs mineurs (*f*), ni les Gentilshomme les dixmes des Bénéfices (*g*), ni les étrangers les biens dépendans des Bénéfices pos-

(*a*) Louet, let. B. n. 5.

(*b*) Ord. du 7. Sept. 1568.

(*c*) Henris l. 1. quest. 4.

(*d*) Arrêt rapp. par Brod. sur Louet, let. S. n. 15.

(*e*) *Leg. 9. §. 1, D. locat.*

(*f*) *Ne in rem suam auctor fiat.*

(*g*) Ord. de Blois, art. 48.

cédés par des étrangers (*a*).

524. Le contrat de louage s'accomplit par le seul consentement (*b*), il n'est pas même toujours nécessaire que ce consentement soit exprès ; car si après l'expiration du bail, le bailleur laisse le preneur en jouissance, cette continuation de jouissance, faite sans réclamation de la part du bailleur, induit une convention tacite entre les Parties, en vertu de laquelle le bail est renouvellé, c'est ce qu'on appelle réconduction (*c*) : mais réguliérement il n'est censé renouvellé que pour une année (*d*) : s'il s'agit cependant d'un bail de terres, partagées en trois Saisons comme en Beauce, la tacite réconduction dure trois ans, parce que ce n'est que dans cet espace de tems, qu'on peut recueillir tous les fruits & toute l'utilité de la terre (*e*).

De ce que le bail est renouvellé par la tacite réconduction, il résulte qu'il l'est aux mêmes clauses & conditions que le bail précédent, ce qui s'entend des clauses ordinaires & naturelles : *quæ congruunt locationi*, dit Dumoulin (*f*), mais non pas des clauses extraordinaires & insolites.

(*a*) Ord. de Blois, art. 4. Ordon. de 1568.

(*b*) *Leg.* 1. *D. locat.*

(*c*) *Leg.* 13. *p.* 11. *Leg.* 14. *D. locat.*

(*d*) Cout. d'Orléans, art. 420.

(*e*) Comm. sur l'art. ci-dessus, *Leg.* 13. *supra.*

(*f*) *Nota in consil.* 28. *Alexandri.*

Les cautions du premier bail ne le sont plus de la réconduction, qui en est un nouveau (*a*) : par la même raison, l'hypotheque du premier bail ne subsiste plus dans la réconduction (*b*) ; ce qui ne doit pas s'entendre néanmoins des choses que la loi a affectées de plein droit, & par privilége à la sûreté des Maîtres d'Hôtels & métairies, comme les meubles qui exploitent la Maison (*c*) & les fruits de la métairie.

525. Il faut voir à présent quels sont les engagemens réciproques du bailleur & du locataire ou Fermier, on connoîtra par-là ce que renferme leur action.

Le premier engagement du bailleur, est de faire joüir son locataire ou fermier, d'où il suit qu'il le doit indemniser de la perte qu'il souffre de l'inexécution du bail, soit qu'il ne pût le faire jouir à cause d'une éviction, soit pour quelque autre raison, pourvu que ce ne soit pas par l'effet d'une force majeure que personne n'est tenu de garantir (*d*).

Le second engagement du bailleur, est de donner la chose louée en état de servir à l'usage pour le-

(*a*) *Leg.* 13. *§.* 11. *D. locat.*

(*b*) Voyez ci-dessus, titre de l'hypothéq.

(*c*) Cout. de Paris, art. 171.

(*d*) *Leg.* 7. *§.* 15. *D. locat. Leg.* 28. *Cod. de locat.*

quel il l'a baillée (*a*), si c'est une Maison, par exemple, de la rendre habitable & d'y faire toutes les réparations nécessaires.

(*a*) *Leg.* 25. *p.* 2. *D. locat.*

Le preneur de son côté doit cultiver les terres en bon pere de famille (*b*), s'il les dégrade soit en les doublant, soit en les dessaisonnant, ou autrement, il peut être expulsé, & le bailleur pourra demander des dommages & intérêts contre lui (*c*).

(*b*) *Leg.* 11. *D. locat.* Coutume d'Orléans, art. 421.

(*c*) *Leg.* 25. *D. locat.*

526. Il y a des baux d'héritages de campagne, où le bailleur & le preneur partagent entre eux les fruits également ou inégalement, suivant la convention.

Ce bail à la vérité n'est pas un véritable louage, c'est une espece de société, sujette aux regles du contrat de société : mais néanmoins les obligations de la part des Parties, sont les mêmes que dans le bail à ferme pour ce qui concerne la jouissance que l'un fournit, & le travail & l'industrie que l'autre est obligé de donner.

Dans l'autre espece de bail, le Fermier a tous les fruits, & donne au bailleur tous les ans une somme fixe d'argent, ou une certaine quan-

tité des fruits, qui forme le prix du louage; si par des accidens imprévus, comme une grêle, ou par une stérilité extraordinaire, le Fermier n'avoit recueilli que peu ou point de fruits, le Fermier pourroit demander une remise de la ferme, en tout ou en partie (*a*).

527. Outre les résolutions communes à toutes les especes de conventions, le bailleur est en droit de demander la résolution du bail en quatre cas.

1°. Quand le fermier ou le locataire ont été deux ans sans payer le prix de leur bail (*b*), ou quand le locataire ne garnit pas l'Hôtel de meubles suffisans pour le payement de deux années (*c*).

2°. Lorsque la Maison menace tellement ruine qu'il est nécessaire de l'abattre (*d*).

3°. Lorsque le bailleur veut venir l'occuper en personne, & qu'elle lui est devenue nécessaire pour ses propres usages (*e*): mais il ne peut rentrer dans sa Maison qu'aux termes des délogemens marqués par l'usage des lieux & en avertissant le locataire quelques mois auparavant (*f*).

(*a*) *Leg.* 25. & 15. *D. locat.*

(*b*) *Leg.* 54. *§.* 2. *D. locat.*

(*c*) Cout. d'Orléans. art. 417.

(*d*) *Leg.* 30. *D. locat.*

(*e*) *Leg. ad* 3. *Cod. de locat.*

(*f*) Louet, let. L. n. 4.

Mais ce privilége du propriétaire n'a pas lieu lorsqu'il y a renoncé par une clause du bail (*a*), ou lorsqu'il s'agit d'un bail au-dessus de neuf ans, ou d'une Maison située dans la campagne, de laquelle dépendent des terres, ou lorsque le bailleur n'est pas propriétaire, ou qu'il ne l'est que d'une partie indivise de la Maison (*b*).

528. Il y a des regles particulieres pour les baux à loyer des Navires & Vaisseaux, qui sont déterminées par l'Ordonnance de la Marine de 1681.

Enfin, il est bon de remarquer qu'outre les baux à loyer, ou à ferme, il se fait tous les jours dans le commerce de la vie des louages du travail & de l'industrie; on y peut rapporter les services des Domestiques, les engagemens des Matelots, les entreprises d'ouvrages & de voitures.

Les serviteurs doivent à leurs Maîtres le respect & l'obéissance en choses raisonnables, ils sont obligés de veiller à la conservation de la vie, de l'honneur & des biens de leurs Maîtres, ils sont sujets à une correction modérée (*c*); les

(*a*) *Ibid.*

(*b*) Louet, *ibid.*

(*c*) Livonn. l. 1. tit. 2. regle 40.

ſerviteurs de campagne doivent ſe vir une année entiere de leur eng gement, s'ils n'ont une juſte cau pour ſe retirer (*a*).

Les regles des engagemens d Matelots, ſont expliquées dan l'Ordonnance de la Marine, livr 3. titre 4.

A l'égard des Entrepreneurs de voitures, il faut ſçavoir que le Meſſagers & Maîtres des Coche ſont reſponſables de la garde de choſes qu'on leur a données à voi turer (*b*): mais ils ne le ſont poin de l'argent qui ſe trouve enferm dans les paquets dont ils ont été chargés [ſi cet argent ne leur a été expreſſément déclaré, & que le Regiſtre n'en ait été chargé (*c*):] en général tous ceux qui louent leur travail ou leur induſtrie, pour quelque ouvrage, ſont tenus de ré-pondre des fautes qu'ils commet-tent dans leur travail, ſoit par né-gligence, ſoit par l'impéritie d'un art qu'ils ne doivent pas ignorer, puiſqu'ils en ſont profeſſion (*d*).

(*a*) Ord. de 1565. & 1567.

(*b*) Arrêt au J. des Audiences, tit. 1. l. 8. ch. 31.

(*c*) Arrèt du 15. Janv. 1627. au J. des Aud.

(*d*) *Leg.* 132. *D. de reg. Jur.*



TITRE

TITRE TREIZIEME.

De l'action qui naît du mandat ou procuration.

529. LE mandat est un contrat par lequel une personne s'oblige de faire une chose gratuitement pour un autre (*a*).

Il n'en est pas de ce contrat, comme de celui de vente, ou de louage; car de ces deux derniers naît une double action également directe des deux côtés; au contraire le mandat, ainsi que la plupart des contrats qui ne sont obligatoires que d'un côté, comme le prêt, le dépôt, la constitution de rente, ne produit qu'une action directe au profit du mandant, contre le mandataire, soit pour l'obliger d'exécuter la commission dont il s'est chargé, soit pour en rendre compte: mais le mandat *ex accidenti & post facto* donne aussi lieu à une action du mandataire contre le mandant, pour l'indemnité de ce qu'il lui en a coûté à l'occasion de son administration, & cette action s'appelle en

(*a*) *Leg.* 1. *D. de proc.*

droit *actio contraria* (*a*).

Premierement donc dès que le mandataire s'est une fois chargé, il faut qu'il remplisse son obligation (*b*), & qu'il rende ensuite compte de son administration (*c*); il peut cependant se dégager en avertissant qu'il ne veut plus continuer sa gestion, pourvu que le mandant soit en état de pourvoir, ou par lui-même, ou par un autre aux affaires dont il avoit chargé son mandataire (*d*).

530. Le mandant a aussi le droit de révoquer sa procuration, quand il le juge à propos, en indemnisant le mandataire de ce qu'il pourroit souffrir de cette révocation (*e*); il doit passer dans son compte toute la dépense qu'il a faite utilement pour le mandant, & par la nécessité de son administration (*f*).

Toutes les choses licites peuvent être l'objet d'une procuration (*g*); elle peut être ou générale, ou particuliere (*h*): mais celles même qui sont générales ne comprennent que les actes d'administration, & non les actes d'aliénation, si ce n'est des choses périssables.

La mort du mandant fait cesser

(*a*) *Leg.* 17. *p.* 1. & 3. *Leg.* 18. *p.* 2. *Leg. penult. D. commod.*

(*b*) *Leg.* 22. *p. ult. D. mand.*

(*c*) *Leg.* 46. *p.* 4. *D. de procurat.*

(*d*) *Leg.* 22. *p. ult. D. mandat.*

(*e*) *P.* 9. *Inst. mend. Leg.* 15. *D. eodem.*

(*f*) *Leg.* 10. *p.* 9. & 10. *D. mend. Leg.* 27. *p.* 4. *eod. Leg.* 61. *p.* 5. *D. de furt.*

(*g*) *P.* 7. *Instit. de mandat.*

(*h*) *Leg.* 58. *Leg.* 62. & 63. *D. de prourat.*

l'effet de la procuration, pourvu que la mort soit connue du mandataire (*a*).

(*a*) *Leg.* 26. & 27. *p.* 3. *D. mandat.*

TITRE QUATORZIEME.

De l'action des associés.

531. CEtte action qui est directe & réciproque de part & d'autre, naît du contrat de société; la société est un contrat où plusieurs personnes conviennent de mettre certaines choses en commun pour en partager le profit ou la perte (*b*).

On peut cependant convenir qu'un des associés ne sera tenu de la perte, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a mis en société, ou qu'il aura une plus grande, ou moindre part dans le profit, que dans la perte (*c*), ou même qu'il aura part au profit, sans en avoir à la perte (*d*), pourvu qu'on n'entende alors par profit, que ce qui reste toutes pertes déduites.

(*b*) *Leg.* 67 *D. pro soc.*

(*c*) P. 2. Inst. de société.

(*d*) *Leg.* 29. *p.* 1. *D. pro socio.*

532. Quoique ce contrat soit parfait par le seul consentement des Parties, il doit être rédigé par écrit, lors même qu'il s'agit de société en

tre Marchands (*a*).

Quoique l'égalité soit l'ame de ce contrat, qui forme une espece de fraternité entre les associés (*b*), il est néanmoins susceptible de toutes les conventions qui ne sont pas contraires aux bonnes moeurs (*c*).

533. La part des associés dans le profit & la perte doit être proportionnée à leur mise (*d*), à moins qu'il n'y ait entre eux une convention particuliere qu'il faut suivre : on doit juger en ce cas que l'inégalité apparente est compensée par d'autres vues, telles par exemple que l'industrie singuliere, ou le crédit considérable d'un des associés (*e*).

La société peut être de tous les biens des associés, ou seulement d'une partie : mais la société, même générale, lorsque les Parties ne se sont pas expliquées plus déterminément, n'est que des profits que les associés pourront faire de leur industrie, ou du revenu de leurs biens (*f*).

534. Les obligations que contracte un associé, pour les affaires de la société, engagent tous les autres, & les associés sont tenus solidaire-

(*a*) Ord. de 1673. titre 4. Coutume d'Orléans, art. 213.

(*b*) *Leg.* 63. *D. h. t.*

(*c*) *Leg.* 6. *Cod. pro socio.*

(*d*) *Leg.* 29. *D. pro soc.*

(*e*) P. 2. Inst. de société.

(*f*) *Leg.* 7. & 8. *D. pro socio.*

ment de toutes les dettes de la société (*a*), à moins qu'elle ne soit en commandité (*b*) : on appelle société en commandité, celle dans laquelle il n'y a qu'un des associés qui paroît & qui régit ; celui-là est obligé solidairement, les autres ne le sont que jusqu'à concurrence du fonds qu'ils ont mis dans la société ; ils sont donc quittes en l'abandonnant (*c*).

(*a*) Ord. du comm. tit. 4. art. 7. Voyez l'art. 1.
(*b*) *Ibid.* art. 8.
(*c*) *Ibid.*

535. Tout ce qu'on a dit jusqu'ici nous découvre suffisamment l'objet & l'effet de l'action des associés ; ils doivent se rendre compte réciproquement lorsque la société est finie, & s'ils ont des contestations, ils doivent être renvoyés devant des arbitres (*d*) qui puissent les terminer sans frais.

(*d*) *Ibid.* art. 9.

La société se dissout par la volonté seule de l'un des associés, qui déclare qu'il ne veut plus rester en société (*e*) ; il en est de même de la mort d'un des associés (*f*), car la société dans laquelle on fait choix des personnes, ne continue point avec les héritiers.

(*e*) *Leg. 63. in fin. D. pro socio.*
(*f*) *Leg. 65. §. 9. D. eodem.*

Celui à qui l'un des associés a cédé une portion dans sa part, ne devient point pour cela associé ; car

l'associé de mon associé n'est point mon associé.(*a*).

(*a*) Leg. 20. 21. & 22. D. pro soc.

Il est tems de passer aux conventions où le fait de l'une des Parties donne lieu à l'obligation de l'autre; la premiere qui se présente de cette espece est le prêt.

TITRE QUINZIEME.

De l'action qui résulte du prêt.

536. Le prêt est la convention dans laquelle on donne une chose pour qu'on nous rende ou la même, ou la pareille, au bout d'un certain tems (*b*).

(*b*) Instit. quib. mod. re contrah.

La différence des choses qu'on prête produit donc deux sortes de prêts; le premier, qu'on peut nommer prêt à usage (*commodatum*) des choses qu'on peut rendre en nature après qu'on s'en est servi (*c*), comme de la vaisselle d'argent, un lit, une tapisserie : le second, qu'on peut nommer prêt à consomption, de celles qu'on ne peut faire servir à l'usage auquel elles sont destinées sans les consumer.

(*c*) Ibid.

Telles sont toutes les choses que

la nature a faites pour servir à la nourriture des hommes; telle est la monnoie qui fait l'estimation de toutes choses, & qu'on n'a plus, quand on s'en est servi; & généralement toutes les choses, qui se commerçant au poids, au nombre & à la mesure, se remplacent mutuellement (*a*).

De-là vient que dans le prêt à usage, celui qui a emprunté ne devient pas propriétaire de la chose prêtée (*b*), il la possede au nom de celui de qui il la tient; il doit donc la rendre en nature dans le tems fixé par la convention, ou à la volonté du propriétaire, s'il n'y a point de tems marqué après qu'il s'en sera servi (*c*).

537. Il doit pendant ce tems en avoir soin avec toute l'attention possible; il est responsable des moindres fautes (*d*), mais il n'est jamais tenu des cas fortuits (*e*), à moins qu'il n'y eût donné lieu en se servant de la chose à d'autres usages que ceux pour lesquels elle lui avoit été donnée (*f*), ou qu'il ne fût en demeure de la restituer (*g*).

Plusieurs, contre la décision des Jurisconsultes Romains, ajoûtent

(*a*) *Ibid.* & *Leg.* 2. *D. de reb. credit.*

(*b*) *Leg.* 8. & 9. *D. commod.*

(*c*) *Leg.* 17. *p.* 2. & 3. *D. commod.*

(*d*) *Leg.* 1. *p.* 4. *D. de oblig.* & *act.*

(*e*) *Leg.* 5. *p.* 4. *D. commod.*

(*f*) *Leg.* 18. *Cod.*

(*g*) *Leg.* 30. *p.* 1. *D. de Jur. Jurand. Leg.* 91. *p.* 3. *D. de verb. oblig.*

une troisieme exception, sçavoir, lorsque la chose, quoique périe par un cas fortuit, ne seroit pas également périe si elle fût demeurée entre les mains du propriétaire, qui ne doit pas souffrir du plaisir qu'il a fait (a).

Si le prêt n'étoit pas gratuit, il deviendroit louage (b).

Si l'emprunteur fait quelque dépense pour conserver la chose, cette dépense doit lui être remboursée, si ce n'est qu'elle ait été occasionnée par l'usage qu'il a fait, ou qu'on ne doive la regarder comme une condition de cet usage (c).

Ainsi celui qui a emprunté un cheval pour s'en servir, est tenu de le nourrir, & si le cheval est devenu malade par quelque accident occasionné par le voyage, il ne pourra se faire rembourser de ce qu'il lui en a coûté pour le faire guérir.

538. C'est une suite au contraire de la nature du prêt à consomption, que celui qui emprunte devienne propriétaire de la chose prêtée, qui est par conséquent à ses risques dès l'instant qu'elle est entre ses mains (d); celui qui a prêté, de propriétaire qu'il étoit, devient seulement

créancier

(a) *Leg.* 61. *p.* 5. *D. de furt.* Puff. Droit naturel, liv. 5. ch. 14. p. 6. avec les notes de Barbéirac.

(b) *P.* 2. *Inst. quib. mod. re contrah.*

(c) *Leg.* 18. *p.* 2. *D. commod. Leg.* 8. *D. de pign. act.*

(d) *P.* 2. *Inst. quib. mod. re contrah.*

créancier de celui à qui il prête, pour exiger de lui une espece & une quantité pareille à celle qui lui a été livrée (*a*).

S'il ne paye donc pas dans le terme porté par la convention, il lui devra les intérêts au denier vingt (*b*) : on a regardé ces intérêts comme la fixation de l'indemnité dûe au créancier, pour la demeure de son débiteur (*c*) : mais le débiteur ne peut être constitué en demeure, que par la demande judiciaire & la condamnation qui intervient en conséquence (*d*).

Il y a cependant quelques Parlemens des Pays de Droit Ecrit, où les intérêts courent du jour que le débiteur est en demeure, & où l'on autorise la stipulation de ces intérêts compensatoires (*e*) : mais dans quelque Parlement que ce soit, il n'est pas permis de stipuler des intérêts, pour raison du prêt qu'on fait, & pour l'usage qu'on accorde de son argent ; ce seroit l'usure que les loix Ecclésiastiques & Civiles de concert ont réprouvée.

L'Edit du 22 Décembre 1665, défend toutes stipulations d'intérêts à peine de nullité, si ce n'est dans

(*a*) *Leg.* 2. *D. de reb. credit.*

(*b*) *Leg.* 22. *D. de usur.*

(*c*) Edit du 22. Déc. 1665.

(*d*) Ord. d'Orléans, art. 60. Leprêtre, cent 2. ch. 27.

(*e*) Inst. d'Argou, l. 4. ch. 18.

les promeſſes entre les Marchands fréquentans les Foires de Lyon, pour cauſe de Marchandiſes.

Sans ces loix, le prêt à intérêt, renfermé dans les bornes où la raiſon naturelle ſemble le permettre, pourroit peut-être être regardé comme légitime, ſçavoir, lorſque l'argent auroit été utile au créancier qui prête, & qu'il doit l'être au débiteur qui emprunte; car il n'y a peut-être point dans la raiſon naturelle de principe plus clair que celui qui nous apprend que toute renonciation a un droit utile *pretio eſtimabili*, & auquel on n'eſt tenu, ni par les loix de la Juſtice, ni de la Charité, de renoncer, peut être miſe à prix (*a*).

Le prêt même étoit néceſſaire dans le commerce pour animer la circulation; il a donc fallu inventer un nouveau contrat qui ſuppléât aux avantages du prêt à intérêt, & en ſéparât tout le vice; on l'a fait par le contrat de conſtitution de rente.

(*a*) Voyez Groſſius, *de Jure belli & pacis, lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 20. Puffend. l. 5. ch. 7. p. 8. & ſuiv. avec les notes de Barb. Dum. des contrats uſur. depuis le n. 9. juſqu'au 16. & depuis le 528. juſqu'au 538.



TITRE SEIZIEME.

De l'action pour rente constituée.

539. LA constitution de rente est une espece de vente d'un revenu annuel ; elle consiste dans l'obligation de payer une certaine rente tous les ans moyennant une somme d'argent qu'on reçoit comptant & qu'on appelle le sort principal ; celui qui reçoit ce principal, en acquiert sans retour la propriété, il n'en est point débiteur, il n'est débiteur que d'une rente, le remboursement du principal est une faculté pour lui, & non une obligation ; telle est la différence essentielle entre la rente constituée, & le prêt à intérêt.

On peut constituer une rente, ou par acte passé pardevant Notaire, ou sous seing-privé, par une simple promesse de passer contrat de constitution de rente à la volonté du créancier, & en attendant de lui payer une certaine rente par an (*a*) : mais pour que le créancier ait action, cinq conditions sont nécessaires.

(*a*) Journal des Aud. t. 2. l. 4. ch. 55.

540. La premiere, qui fait proprement l'eſſence & le caractere de la rente conſtituée, eſt que le principal ſoit aliéné à perpétuité, en ſorte qu'il n'y ait dans le contrat aucune clauſe qui donne au créancier le droit de le répéter directement ou indirectement (*a*).

La ſeconde, que la rente conſtituée n'excede pas le fur réglé par l'Ordonnance qui a cours lors de la conſtitution (*b*); ce fur eſt aujourd'hui le denier vingt, ſuivant l'Edit de Décembre 1665.

La troiſieme, que le débiteur ait la faculté perpétuelle de rembourſer la rente; cette faculté ſuivant nos mœurs, étant attachée à la nature même du contrat de conſtitution, eſt de droit ſous-entendue ſans ſtipulation, perpétuelle, impreſciptible, & ne peut être ôtée par aucune ſtipulation (*c*).

La quatrieme, que le ſort principal ſoit délivré en argent, & non en meubles ou Marchandiſes, qui n'ont pas un prix abſolument fixé (*d*).

La cinquieme, que la rente ſoit payable en argent, & non par exemple en grains, parce que les grains

(*a*) *Cap. reg. extrav. commod. de empt. vend.* Livonnier. Traité des rentes, regle 11.

(*b*) Dum. des contr. & uſures, p. 93. Edit de 1665.

(*c*) Dum. *Ibid.* p. 101. & 141. Loiſel, tit. des rentes, regle 7.

(*d*) Leprêtre, cent. 4. ch. 11.

n'ayant pas une valeur fixe ne peuvent assurer la proportion réglée par les Ordonnances, entre le principal & le sur de la rente ; c'est la disposition de l'Ordonnance de l'année 1665, qui porte aussi que les rentes ci-devant créées en grains, seront réduites en argent pour l'avenir.

Toutes les clauses qui blessent essentiellement quelqu'unes de ces cinq conditions rendent nulle la constitution de rente ; de sorte que le créancier a droit de répéter le sort principal, & le débiteur d'imputer sur le principal les arrérages qu'il pourroit avoir payés.

A l'égard des clauses qui tendent seulement à suspendre, ou à limiter, ou à rendre plus difficile au débiteur l'effet de ces conditions, elles sont nulles, sans rendre le contrat nul, & sont censées non écrites (*a*).

Mais si la rente avoit été constituée pour le prix d'un héritage, elle ne seroit point assujettie à la plupart de ces conditions ; ces sortes de rentes peuvent être constituées à un sur plus haut que le denier vingt ; on peut stipuler que le dé-

(a) Livon. tit. des rentes, regl. 17.

biteur sera tenu de les rembourser au bout d'un certain tems, ou au contraire qu'il ne pourra pas le faire pendant un tems limité, la raison est que toutes ces clauses sont partie du prix de la vente, & en sont comme les conditions (*a*).

541. Il y a des rentes constituées à prix d'argent; il y en a qui le sont gratuitement, & sans aucun prix: celles-là de droit commun ne sont point rachetables, car racheter c'est rendre le prix (*b*).

Il faut excepter les rentes à prendre sur les Maisons des Villes & Fauxbourgs, que la faveur de la décoration des Villes a fait déclarer rachetables à perpétuité au fur du denier vingt (*c*).

542. Le créancier a action pour répéter le sort principal, contre la nature même du contrat, lorsque le débiteur a hypothéqué à la rente des héritages qui ne lui appartenoient pas, ou lorsqu'il a déclaré ses propres héritages francs & quittes, quoiqu'ils fussent chargés d'hypotheques; lorsqu'il a manqué à faire des deniers reçus l'emploi qu'il s'étoit obligé d'en faire pour la sureté de la rente (*d*); lorsque les

(*a*) *Leg. fund. part. D. de contr. empt. Leg. 48. D. de pact.* Voyez Lalande, sur l'article 435. de la Coutume d'Orléans.

(*b*) Cout. de Paris. art. 122.

(*c*) Ord. de 1539. & 1553.

(*d*) Louet, & Brod. let. S, ch. 18.

biens hypothéqués sont vendus par un Decret, soit forcé, soit même volontaire (*a*) parce que l'effet du Decret est de purger les hypotheques.

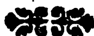
(*a*) Loiseau, du déguer.

Comme le sceau des provisions d'un Office purge les hypotheques aussi-bien que le Decret, le principal de la rente à laquelle l'Office est hypothéqué devient exigible, quand le créancier a fait opposition au sceau : on n'excepte pas même le cas où l'Office passe du pere à son fils à titre de succession, suivant la Jurisprudence qui paroît avoir aujourd'hui prévalu au Parlement.

Quand le débiteur de la rente a fait banqueroute, & que ses biens mobiliaires sont vendus judiciairement, le créancier vient aussi à contribution, pour son principal, avec les autres créanciers.

Enfin, toutes les fois que le créancier a perdu les sûretés de sa rente, par l'infidélité ou l'insolvabilité de son débiteur, il peut l'obliger au remboursement du principal (*b*).

(*b*) Livon. titre des rentes, regle 13.



TITRE DIX-SEPTIEME.

De l'action pour raison du gage.

543. LE gage est un contrat par lequel le débiteur met ès mains de son créancier une chose mobiliaire, pour lui servir de sûreté.

De-là il suit que si-tôt que la dette est payée, le débiteur a action contre le créancier, pour la restitution du gage; & cette action est personnelle, quoiqu'elle puisse être suivie contre les tiers détenteurs du gage, dont le débiteur a toujours conservé la propriété.

Mais le créancier a un privilége sur la chose, qui fait qu'il n'en peut être dessaisi qu'il n'en soit payé, & s'il ne l'est pas dans le tems convenu, ou dans le délai fixé par le Juge, il a droit de la faire vendre pour être payé sur le prix de ce qui lui est dû.

Il ne peut faire cette vente de son autorité privée, sans le consentement du débiteur; de sorte que s'il le refuse, il doit la faire ordonner en Justice pour être faite par un

Huissier au plus offrant & dernier Enchérisseur, & il est préféré sur le prix à tous autres créanciers.

544. L'Ordonnance de 1673, veut que ce contrat soit passé pardevant Notaires; qu'il contienne la somme prêtée & la qualité des gages; qu'il en reste minute à peine de restitution des gages & perte des priviléges.

Tant que le créancier est en possession de la chose qui lui est engagée, il doit en avoir le même soin qu'un bon pere de famille (a): mais il doit être remboursé de la dépense qu'il est obligé de faire pour sa conservation (b).

Si la chose produit quelque revenu, le créancier doit en tenir compte à son débiteur (c).

545. Quoique l'objet du gage soit ordinairement une chose mobiliaire, on peut dire que l'immeuble est engagé lorsque le créancier en est mis en possession pour sûreté de son obligation, & l'on appelle ce contrat pignoratif. Il est défendu dans la plus grande partie du Royaume, à moins que le créancier ne veuille tenir compte des fruits qu'il perçoit sur son principal; il y a cependant

(a) Leg. 13. P. 1. D. de pignor.

(b) Leg. 8.

(c) Ibid.

quelques Provinces, comme Touraine, Anjou, le Maine, dans lesquelles il est autorisé lors même qu'il y a une rélocation, pourvu qu'il y ait une proportion entre la valeur du fonds, & le principal de la dette.

On appelle gages judiciaires les actes par lesquels une chose mobiliaire est mise sous la main de la Justice, ce qui se fait par la voie des saisies.

TITRE DIX-HUITIEME.

De l'action du dépôt.

546. LE dépôt est une convention par laquelle une personne se charge gratuitement de garder une chose qu'on lui confie, à condition de la rendre aussi-tôt qu'on la lui redemandera (*a*).

(*a*) Leg. 1. D. depos.

De cette définition naissent les conséquences suivantes.

1°. Que le dépositaire est tenu de prendre autant de soin de la chose déposée que si elle étoit à lui-même; la fidélité & l'honneur lui en demanderoient même davantage,

s'il étoit extrêmement négligent sur ses propres affaires (*a*) : au surplus, comme il ne fait qu'un Office d'ami ; il ne doit répondre que des négligences grossieres (*b*) ; à moins qu'il ne se soit ingéré de lui-même à se charger du dépôt (*c*) ou que le degré de soin n'ait été réglé par la convention qui sert en ce cas de loi (*d*).

2°. Le dépositaire n'ayant reçu la chose que pour la garder, il violeroit la foi du dépôt, s'il s'en servoit à quelque usage que ce soit sans la permission du maître (*e*), s'il ne le rendoit pas dans la même nature, & qu'il eût par exemple remplacé les especes déposées par de pareilles (*f*), ou s'il prétendoit retenir la chose déposée, par compensation de ce que lui doit celui qui l'a déposée (*g*).

3°. Si le déposant avoit permis au dépositaire de se servir de la chose déposée, son engagement, dès qu'il s'en serviroit, changeroit de nature, & se retourneroit en prêt, dont il suivroit les regles (*h*).

4°. Si des créanciers avoient saisi les effets de leur débiteur, l'argent déposé entre ses mains devroit être

(*a*) *Leg.* 32. *D. dep.*

(*b*) *P.* 3. *Inst. quib. mod. re contrah.*

(*c*) *Leg.* 1. *p.* 35. *D. depos.*

(*d*) *Ibid. Leg.* 1. *p.* 6.

(*e*) Ord. de 1667. titre 23. art. 9.

(*f*) Arrêt du 12. Avril 1636. au J. des Audiences.

(*g*) *Leg.* 11. *Cod. depos.*

(*h*) *Leg.* 1. *p.* 34. *D. depos.*

distrait de la saisie, s'il paroissoi qu'il fût encore en nature (*a*).

5°. Si la chose déposée a produi des fruits, le dépositaire en doi tenir compte (*b*).

6°. Le droit du propriétaire, pour la répétition de la chose déposée, doit l'emporter sur le droit de celui qui a fait le dépôt & sur la foi qui lui a été donnée; car quoiqu'il soit juste de rendre le dépôt à celui qui nous l'a confié, on ne doit appeller Justice, que celle qui rend tellement à chacun ce qu'elle lui doit, qu'elle sçache distinguer ce qu'un droit plus puissant exige d'elle (*c*).

547. Il y a deux sortes de dépôt, le volontaire & le nécessaire; le nécessaire, est celui qu'on est obligé de faire à la hâte, sans délibération & sans choix, dans le péril causé par un tumulte, une ruine, un naufrage, ou un Incendie, & ces circonstances le rendent, si l'on peut le dire ainsi, encore plus sacré que le dépôt volontaire (*d*).

Si l'on donne à quelqu'un la clé de sa Maison, & qu'on le prie de la garder, ce sera le dépôt d'un immeuble sujet aux regles de ce contrat (*e*).

(*a*) Cout. de Paris, art. 182.

(*b*) Ord. de 1667. titre 33. art. 10.

(*c*) *Leg.* 31. *D. depos.*

(*d*) *Leg.* 1. *p.* 2. *D. dep.*

(*e*) *Leg.* 38. *p* 10. *D. de usur.*

Lorsque la propriété d'une chose est contestée entre deux ou plusieurs personnes, qui choisissent un tiers pour la garder, & la rendre ensuite à celui qui sera reconnu pour maître ; c'est le séquestre (*a*).

(*a*) Leg. 6. Leg. 17. D. depos.

On distingue aussi le dépôt conventionnel du dépôt judiciaire qui est ordonné en Justice, lorsque le Juge estime qu'il y a nécessité de commettre à quelqu'un la garde des choses qui sont le sujet de la contestation.

Les dépositaires judiciaires sont de deux sortes ; les uns sont des Officiers nommés en titre d'Office pour recevoir & garder les dépôts de Justice : tels sont les Commissaires aux saisies réelles, dont une des principales fonctions, est de garder les deniers provenans des Baux judiciaires des terres saisies réellement, ou des adjudications par Decret ; tels sont encore les Receveurs des consignations, qui ont droit de recevoir les sommes dont le Juge ordonne ou permet la consignation.

Les charges de ces Officiers sont affectées, & la sûreté des deniers déposés entre leurs mains, par pré-

férence même à ceux qui ont vendu la charge, ou prêté les deniers pour en payer le prix ; car ils sçavoient, ou devoient sçavoir, que telle étoit la condition de cet Office (a).

Les autres sont des personnes privées qui sont nommées en Justice, ou pour garder les choses saisies ; on les appelle Commissaires ou Gardiens, ou pour garder celles dont la possession est contestée entre les Parties ; les biens, par exemple, d'une succession pour laquelle il y a Procès entre les héritiers, on les nomme séquestres ; les uns & les autres sont sujets à toutes les regles du dépôt (b), car ils contractent avec la Justice.

(a) Journal des Aud. titre 3. l. 5. ch. 15. titre 4. l. 8. ch. 10. Journal du Palais, Arrêt du 17. Août 1672.

(b) *Leg. 5. p. 1. D. depos.*

TITRE DIX-NEUVIEME.

De l'action pour lettre de change.

548. La lettre de Change est la convention par laquelle l'un des contractans donne à l'autre une somme d'argent, pour la lui faire remettre dans un certain lieu ; & l'autre le charge & le fait porteur

de l'ordre qu'il donne par écrit à un tiers de lui payer cette somme au lieu marqué (*a*).

Ainsi il y a trois personnes qu'on peut distinguer dans le contrat de lettre de Change ; le tireur, est celui qui reçoit l'argent pour le faire remettre ; le porteur, celui qui donne l'argent pour qu'on le lui remette ; l'accepteur, celui qui est chargé de payer l'argent dans le lieu marqué.

Comme la lettre de change peut être payée à un autre qu'à celui à qui elle a été originairement fournie par le transport qu'il peut en faire au profit d'un tiers, ce transport s'appelle endossement ; celui qui le fait, endosseur ; celui au profit de qui il est fait dans les formes requises, prend le nom & acquiert les droits du porteur de la lettre : il lui est subrogé encore même que cet endossement n'ait point été signifié (*b*), & c'est une exception que la faveur du commerce a donné lieu de faire à la regle générale de notre Droit, qu'un simple transport ne saisit point (*c*).

549. Les lettres de Change doivent contenir le nom de ceux aux-

(*a*) Ord. de 1673. titre 5. art. 1. Voyez la Loi 7. p. 1. *D. de eo quod cert. loc.* la Loi 9. *eodem*, la Loi 1. *Cod. ubi conviḋt. qui cert. loc.*

(*b*) Ord. *ibid.* art. 24. & 25.

(*c*) Paris, art. 108.

quels la somme doit être payée, le tems du payement, le nom de celui qui en a fourni la valeur, & si elle a été reçue en deniers, Marchandises, ou autres effets (a); sans cela elles n'ont aucun effet, & le porteur n'a d'action que pour se faire rendre par le tireur, l'argent qu'il lui a compté *condictione indebiti* (b).

550. Du contrat de Change naît l'action du porteur contre le tireur ou l'endosseur qui manque de faire acquitter la somme qu'on leur a donnée à remettre, au jour & au lieu marqué par la convention : ils sont donc tenus des dommages intérêts & de la garantie envers celui qui avoit donné l'argent à cette condition (c); ces dommages ont été réglés par l'Ordonnance de 1673.

Suivant cette loi, le porteur est en droit de se faire rendre la somme principale, & ce qu'il a payé pour le Change avec les intérêts du principal & du Change, qui courent de plein droit du jour du protest; il peut aussi se faire rendre les frais du protest & du voyage, s'il en a été fait : mais l'intérêt de ceux-ci

(a) Ord. art. 1.

(b) *Toto tit. de condit. indebit.*

(c) *Leg.* 11. *D. de act. empt. & vend.*

ci n'eſt dû que du jour de la demande.

Il peut auſſi prendre de l'argent à change, & fournir une lettre de Change payable en la même Ville d'où la lettre proteſtée a été tirée, & dans ce cas faire payer au tireur le prix du nouveau change qui s'appelle rechange (*a*).

551. Mais ſi le porteur qui eſt mandataire du tireur, & chargé de faire payer celui ſur qui la lettre eſt tirée, manquoit de faire diligence néceſſaire contre lui dans le tems convenable, le tireur ſeroit déchargé de la garantie.

L'Ordonnance a réglé le tems & la forme de ces diligences.

Les porteurs des lettres qui auront été acceptées, ou dont le payement écheoit à jour certain, ſont tenus de les faire payer ou proteſter dans dix jours après celui de l'échéance, dans leſquels ſont compris ceux du proteſt, des Dimanches & des Fêtes même ſolemnelles (*b*).

Les proteſts doivent être faits par deux Notaires, ou par un Notaire & deux témoins, ou par un Huiſſier aſſiſté de deux Recors, & contenir

(*a*) Ord. art. 4. 5. 6. & 7.

(*b*) Ord. art. 6.

le nom & le domicile des témoins; la copie des lettres de Change transcrites, avec les ordres & les réponses s'il y en a, & la copie du tout signée, doit être laissée à la partie (*a*).

(*a*) *Ibid.* art. 8. & 9.

Ce n'est qu'après ce protest, que le tireur ou les endosseurs peuvent être poursuivis en garantie, par la notification qui leur en est faite; & pour intenter cette action, le porteur n'a que quinzaine à compter du lendemain du protest, si le tireur est domicilié dans la distance de dix lieues, & s'il l'est au-delà, il a un jour pour cinq lieues (*b*).

(*b*) *Ibid.* art. 13.

Après ces délais, les porteurs sont non-recevables dans leur action en garantie, contre les tireurs & endosseurs: ils n'ont donc plus d'action que contre celui sur qui la lettre est tirée, pour s'en faire payer comme auroit pû faire le tireur, aux droits duquel ils demeurent subrogés (*c*); d'où il suit que si celui sur qui la lettre étoit tirée n'étoit pas débiteur du tireur, le tireur demeureroit toujours garant de sa lettre (*d*).

(*c*) *Ibid.* art. 13. 14. & 15.

(*d*) *Ibid.* art. 16. & 17.

552. L'Ordonnance n'a point déterminé le tems dans lequel les let-

tres à vue doivent être présentées & protestées; cependant les mêmes raisons y reçoivent leur application: ce sera donc à la prudence des Juges à arbitrer le tems convenable pour cela; il semble qu'il faudroit prendre le double des journées de chemin, si la lettre a été donnée pour un voyage.

553. Si le porteur ne se présente pas à l'échéance, le débiteur de la lettre est en droit de le contraindre à recevoir, & de consigner sur son refus: mais comme la lettre peut être en des mains inconnues, la Déclaration du 28 Novembre 1718, porte qu'à faute par les porteurs de s'être présentés à l'échéance, les débiteurs des lettres pourront les obliger, lorsqu'ils se présenteront dans la suite, d'en recevoir le payement, suivant le cours & la valeur que les especes avoient avant l'échéance.

Mais les débiteurs ne peuvent obliger les porteurs d'en recevoir le payement avant l'échéance (a), parce que le tems fait partie du contrat de Change, & est apposé en faveur de tous les contractans.

(a) Même Déclarat.

554. Les lettres de Change sont

réputées acquittées après cinq ans de cessation de demande & poursuite, à compter du lendemain de l'échéance du protest, ou de la derniere poursuite ; néanmoins les prétendus débiteurs sont tenus d'affirmer, s'ils en sont requis, qu'ils ne sont plus redevables, & leurs veuves, héritiers, ou ayans cause, qu'ils estiment de bonne foi, qu'il n'est plus rien dû.

Cette prescription introduite en faveur du commerce, où les affaires & principalement celles du négoce de Change ne souffrent point de retardement, a lieu même contre les mineurs & les absens (*a*).

(*a*) Ord. art. 21. & 22.

TITRE VINGTIEME.

Des actions qui résultent des contrats aléatoires, où dans lesquels entre le hasard.

555. LEs contrats aléatoires sont ceux où l'on fait quelque convention au sujet d'un évenemen incertain.

Dans les contrats de permutation, chacune des Parties donne

autant qu'elle reçoit, & toutes deux profitent ; dans ceux-ci le but des contractans est que l'un des deux fasse tout le profit, & l'autre toute la perte, parce qu'ils y font une espèce de commerce, une échange de hasards (*a*).

La plûpart de ces contrats ne se forment que par le fait & la prestation des Parties ; dans quelqu'uns néanmoins le consentement seul suffit.

On en peut distinguer deux especes en général.

Les premiers sont l'échange d'une chose contre une espérance, comme le contrat d'assûrance, le contrat à la grosse, les achats des choses incertaines, les ventes & constitutions de rente à fonds perdu, & autres conventions dont l'avantage & le risque dépend de la durée de la vie des hommes.

Les seconds sont l'échange d'une espérance, contre une autre espérance, comme les dons mutuels au survivant, les gageures, les jeux, les loteries.

556. Le contrat à la grosse, appellé en droit *nauticum fænus*, est d'un grand usage parmi nous dans

(*a*) *Leg.* 8. *p.* 1. *D. de contrah. empt.*

les lieux maritimes, & consiste à prêter de l'argent à un gros intérêt sur le corps d'un Vaisseau, ses agrès, apparaux, armemens & victuailles, ou sur les Marchandises qui y sont chargées, à condition que si le Vaisseau ou ses Marchandises sont perdues dans le voyage par un cas fortuit, l'argent & l'intérêt seront aussi perdus pour celui qui aura prêté (*a*).

(*a*) Ord. de la Marine, tit. des contrats à la grosse, art. 11.

C'est cette condition & le risque que court le prêteur, qui rend légitime dans ce contrat l'intérêt, & qui différencie le contrat à la grosse des prêts ordinaires.

Cet intérêt s'appelle profit maritime; mais pour que celui qui a emprunté, soit libéré par la perte du Navire & de son chargement, il faut: 1°. Qu'elle ne soit pas arrivée par le vice propre de la chose; ou par le fait des propriétaires du Vaisseau, du Maître, ou des Marchands (*b*).

(*b*) *Ibid.* art. 12.

2°. Qu'elle soit arrivée dans le tems & dans les lieux des risques; le tems des risques, à l'égard du Vaisseau, court du jour qu'il a fait voile, jusqu'a ce qu'il soit arrivé au Port de sa destination; & à l'égard des Marchandises, si-tôt qu'elles

ont été chargées dans le Vaisseau, jusqu'à ce qu'elles ayent été délivrées à terre (*a*).

3°. Que celui qui a pris l'argent à la grosse, justifie qu'il y avoit pour son compte dans le Vaisseau des effets, jusqu'à concurrence de la valeur de la somme prêtée (*b*).

4°. Que les effets n'ayent pas été sauvés du naufrage, auquel cas les contrats à la grosse seroient réduits à la valeur des effets sauvés (*c*).

5°. Qu'il s'agisse de la perte entiere du Vaisseau & des Marchandises, & non des simples dommages particuliers qui y soient arrivés, & qui s'appellent avaries en termes de Marine (*d*).

Les donneurs à la grosse doivent cependant contribuer à la décharge des preneurs, aux grosses avaries, comme rachats, compositions, jets pour le salut commun du Navire & des Marchandises; car ce n'est qu'à ces pertes qu'ils doivent la conservation de leur argent, qui sans cela auroit été perdu avec le Vaisseau (*e*).

557. Le contrat d'assûrance est une convention par laquelle des particuliers s'obligent moyennant

(*a*) *Ibid.* art 13.

(*b*) Art. 14.

(*c*) Art. 17.

(*d*) Art. 11.

(*e*) Voyez le tit. du jet & contribution, titre des contrats à la grosse, art. 16.

une certaine ſomme qu'ils reçoivent comptant, à payer le prix du Vaiſſeau, ou des Marchandiſes qui y ſont chargées, en cas qu'il périſſe dans le voyage.

L'inſtrument de ce contrat ſe nomme police d'aſſûrance, il doit être rédigé par écrit & contenir le nom, le domicile & la qualité de celui qui fait aſſûrer ſes effets, la déſignation du Navire, du Maître & des Marchandiſes, du voyage, du tems, des riſques & de la prime (*a*).

On appelle *prime* la ſomme ou le prix pour lequel l'aſſûreur prend ſur lui le péril du Vaiſſeau, ou des Marchandiſes; toutes les pertes donc généralement, & les dommages qui arrivent par fortune de mer pendant le tems porté par la police d'aſſûrance, ou pendant le voyage déſigné par la police, ſont aux riſques des aſſûreurs (*b*): mais ils ne répondent point des pertes qui arrivent par le fait des aſſûrés, ou par la faute des Maîtres & Mariniers (*c*), ou par le vice propre de la choſe (*d*), ni de tous les droits impoſés ſur le Navire & les Marchandiſes (*e*), ni des riſques des effets qui

(*a*) Ord. de la Marine, tit. des aſſurances, art. 1.

(*b*) *Ibid.* art. 26.

(*c*) Art. 28.

(*d*) Art. 29.

(*e*) Art. 30.

qui auront été portés à terre pendant le voyage (*a*). (*a*) Art. 33.

En gardant ces regles, toutes sortes de personnes peuvent assûrer ou faire assûrer, & les assûrances peuvent être faites sur le corps du Vaisseau, ou sur les victuailles, ou sur les Marchandises (*b*) : mais il est défendu d'en faire sur la vie des personnes qui ne reçoit point d'estimation (*c*), quoique les Navigateurs puissent faire assûrer la liberté de leurs personnes (*d*), & ceux qui rachetent les captifs, le prix du rachat sur les personnes qu'ils tireront d'esclavage (*e*).

(*b*) *Ibid.* art. 7.

(*c*) Art. 10.

(*d*) Art. 9.

(*e*) Art. 11.

Les assûreurs même peuvent faire réassûrer par d'autres les effets qu'ils auront assûrés, & les assûrés le coût de l'assûrance & la solvabilité des assûreurs (*f*).

(*f*) Art. 20.

Mais les Marchands ne peuvent faire assûrer le profit espéré de leurs Marchandises ; car un profit assûré d'une chose, qui par elle-même ne produit point de revenu, est un intérêt usuraire qui les propriétaires, ou les Maîtres des Navires, le fret de leurs Bâtimens, c'est-à-dire l'argent dont on convient avec eux pour le louage & la conduite du

Navire, ni les gens de mer leur loyer; l'objet de cette défense est de rendre les uns & les autres plus soigneux & plus intéressés à la conservation du Navire & de sa charge, qu'ils pourroient négliger s'ils étoient assûrés de leurs loyers, sans être tenus de contribuer aux pertes; ni les donneurs à la grosse, le profit des sommes qu'ils auront données, car par cette assûrance des intérêts, le contrat à la grosse dégénéreroit en usure, & en une usure même excessive; ni les preneurs à la grosse, les deniers qu'ils auront pris, car on ne peut faire assûrer ce qui ne court aucun risque, ce qui n'existe point, & qui n'est à leur égard qu'une obligation dont ils sont débiteurs (*a*).

(*a*) *Ibid.* art. 15. 16. & 17.

558. Les constitutions de rente à fonds perdu, consistent à donner purement & sans retour une somme d'argent, à la charge qu'on nous payera une rente annuelle, pendant le cours seulement de notre vie, ou de la vie d'un autre.

Il est visible que suivant que la personne, sur la tête de laquelle la rente est constituée, vivra plus ou moins, le traité sera plus ou moins

avantageux aux Parties : cette incertitude fait que ces sortes de rentes ne sont point assujetties aux regles ordinaires de constitution, que le fur en peut être plus ou moins considérable que le dernier vingt, & que le débiteur n'a pas la faculté de les rembourser.

L'usage de ce contrat est défendu aux Communautés Religieuses, à l'exception des Hôpitaux qui ne peuvent même constituer des rentes à fonds perdu pour de l'argent, qu'ils reçoivent à un fur plus haut que le denier vingt (*a*).

Plusieurs de ces conventions, attachées au hasard de la vie des hommes, ont été réprouvées par nos moeurs ; ainsi une promesse faite avec la clause de payer la somme prêtée, mort, ou marié, fut déclarée nulle ; & défenses furent faites à toutes personnes de plus faire de telles obligations (*b*) : on a coutume de les réduire à la somme qui a été véritablement prêtée.

(*a*) Edit de Janvier 1690. Déclaration d'Août 1661.

(*b*) Arrêt du 19. Oct. 1618. rapp. par M. Le prêtre.

559. Les dons mutuels que deux personnes se font au survivant d'eux des biens de leur succession, ou d'une partie de ces biens, ne sont pas proprement des donations, par-

ce que chacun y est payé de ce qu'il donne, & paye ce qu'il reçoit par l'échange mutuel de leurs espérances (a) : nos loix cependant les ont assujetties à la plûpart des regles des donations (b) ; elles les ont regardées comme l'effet d'une affection réciproque, qui produisoit une libéralité réciproque.

(a) Voyez ci-dessus, titre des donations.

(b) Ord. des donat. art. 20. 39. & 46.

560. Par les Ordonnances, les dettes du jeu ne donnent point d'action en Justice (c) ; il faut excepter les jeux d'exercice pour des sommes modiques qui y auront été gagnées : ces jeux contribuant à augmenter la force, l'adresse, le courage, & la santé des Citoyens sont favorables.

(c) Dum. des usures, quest. 100.

Les gageures, quand elles sont légeres *sponsiones*, produisent un engagement que le droit civil a même expressément autorisé (d).

(d) *Leg.* 17. *D. de presc. verb.*

Le Parlement de Paris aussi a déclaré valable une convention entre trois jeunes hommes, que le premier marié payeroit aux deux autres un habillement complet de satin (e).

(e) Leprêtr. cent. 4. ch. 19.

A l'égard des Loteries, il est défendu aux particuliers d'en faire sans la permission du Magistrat.

561. Les conventions aléatoires

ont des regles qui leur sont propres, & qui seules en rendent l'usage équitable.

Premiere Regle.

La bonne foi est l'ame de ces conventions, plus particulierement encore, si l'on peut le dire, que de toutes les autres, & elle doit y être gardée avec d'autant plus de soin, que les Parties ayant abandonné leurs intérêts & leur sort au hasard, ne se sont réservé que la bonne foi & la fidélité; il n'est donc pas permis d'y user d'aucun artifice pour cacher à sa Partie ce qu'elle a intérêt de sçavoir, il faut y suivre scrupuleusement les loix & les termes de la convention, & l'intention des Parties, sans jamais aller au-de là, & tout dol doit en être banni à tel point, qu'il rend absolument la convention nulle de plein droit.

Ainsi l'article 22, du titre des assûrances déclare nulle l'assurance contre celui qui a fait assûrer des effets au-de-là de leur valeur, & de même celui qui prend des deniers à la grosse, sur les Marchandises chargées dans un Vaisseau au-

delà de leur valeur, est contraint de payer les sommes entieres nonobstant la perte du Vaisseau (a).

(a) Titre des contr. à la grosse.

Seconde Regle.

Les Parties doivent se déclarer de bonne foi, les qualités, l'état, la situation, les défauts des choses sur lesquelles ils contractent, autrement il n'y auroit plus entre elles d'égalité.

Troisieme Regle.

Aucune des Parties ne doit être assûrée de l'évenement, car celle qui seroit assûrée ne risqueroit rien, & la perte seroit toute entiere pour l'autre: or la loi de ces conventions est que tous les contractans risquent également, ou à proportion de leurs mises.

Ainsi l'article 38, du titre des assûrances déclare nulles les assûrances faites après la perte ou l'arrivée des choses assûrées, si l'assûré en sçavoit, ou devoit être présumé en sçavoir la perte, & l'assûreur l'arrivée avant la signature de la police.

Quatrieme Regle.

Cette grande égalité, qui doit

-ger dans les conventions dont nous parlons, demande encore qu'aucune des Parties ne puisse rien faire sans le gré & le consentement de l'autre, qui change la situation des choses, & rende la condition des Parties différentes.

Ainsi, si le voyage du Vaisseau assûré ne se fait pas au tems marqué par la police d'assûrance, l'assûreur est déchargé; car il n'avoit assûré que pour ce tems, & il n'auroit peut-être pas voulu le faire pour un autre (a).

Ainsi par l'article 36, les assûreurs sont déchargés des risques; & ne laissent pas de gagner la prime, si l'assûré sans leur consentement envoye le Vaisseau en un lieu plus éloigné que celui qui avoit été désigné par la police.

(a) Titre des assurances.

Cinquieme Regle.

Chaque Partie doit répondre de ses fautes, qui déchargent l'autre Partie des hasards courus, & les pertes occasionnées par le fait de l'un des contractans tombent uniquement sur lui.

C'est par cette raison, que par l'article 27, les assureurs sont dé-

chargés des pertes qui arrivent par le fait des assûrés, ou depuis que le Vaisseau a changé de route par leur ordre, sans le consentement de l'assûreur, & dans ce cas-là même l'assûreur n'est pas tenu de restituer la prime, s'il avoit déjà commencé à courir les risques ; car il est juste que celui qui a couru les risques ait aussi le profit.

562. Outre les conventions principales dont on a traité, il y en a d'accessoires aux premieres, & destinées seulement à les assûrer ; si celui qui contracte fait intervenir d'autres personnes pour répondre de son obligation, c'est ou le cautionnement, ou la solidité.

S'il donne des assûrances sur des effets mobiliaires ou immobiliaires, c'est la convention de gage & de l'hypotheque dont on a parlé dans le titre de la premiere Partie.

Dans celles-ci, ce sont les choses : dans les autres, ce sont les personnes qui répondent de la dette.



TITRE VINGT-UNIEME.

Des actions qui naissent du cautionnement & des solidités.

563. LEs cautions ou fidéjusseurs sont ceux qui s'obligent pour un autre personne, & s'engagent à payer au cas qu'elle ne paye pas le créancier.

On contracte le cautionnement, ou en Justice, ce sont les cautions judiciaires, ou par convention particuliere, ce sont les actions contractuelles.

Les cautions judiciaires sont de deux sortes; on distingue la caution proprement dite & le certificateur; la caution répond pour le principal obligé, le certificateur pour la caution; il est comme la caution de la caution dont il assûre la solvabilité.

564. Tous ceux qui peuvent valablement s'obliger pour eux-mêmes, peuvent s'obliger aussi pour les autres; & le Sénatus-Consulte Velleyen, qui défendoit aux femmes de s'obliger pour d'autres, n'est

point reçu en France, excepté dans quelques Parlemens des pays de Droit Ecrit (*a*).

(*a*) *Leg.* 1. *Leg.* 8. §. 6. *D. de fide.*

Il n'est point aussi d'obligation pour la sûreté de laquelle on ne puisse faire intervenir des cautions, pourvu qu'elles ne soient point contre les bonnes mœurs (*b*) : car on ne pourroit garantir la promesse d'un crime que par un autre crime : mais si l'obligation, sans être illicite, comme sont, par exemple, les dettes du jeu, est de telle nature qu'elle ne produise point d'action en Justice, la caution ne laisse pas d'être tenue : tel est celui qui répond pour un pupille, ou pour un prodigue interdit, ou pour une femme mariée qui s'engage sans autorisation (*c*) ; car ce n'est qu'à cause de l'insuffisance de l'obligation principale, que le créancier a pris la sûreté d'une caution sans laquelle il n'auroit pas prêté son argent, ou subi un engagement de quelque autre espèce : il est évident que des cautions peuvent intervenir, non-seulement pour raison des obligations qui naissent des conventions, mais encore pour toutes celles qui se forment sans convention.

(*b*) *Leg.* 70. §. 5. *D. de tit.*

(*c*) *Leg.* 25. *D. de fide.*

565. On peut aussi être caution d'une caution (*a*) ; de même encore on peut donner caution, non-seulement pour une obligation présente & déjà contractée, mais même pour une obligation à venir (*b*).

Comme l'obligation du fidéjusseur ne consiste qu'à promettre de payer ce qu'un autre doit, il s'ensuit clairement qu'il peut bien être obligé à moins que le principal débiteur, mais qu'il ne le peut être à plus (*c*).

Mais si l'obligation de la caution ne peut être plus étendue, elle peut être plus étroite & plus sûre que celle du débiteur principal ; la caution peut, par exemple, donner sur elle l'exécution parée, la contrainte par corps, & des hypotheques spéciales, quoique le débiteur pour qui elle a répondu ne soit point obligé si durement.

566. C'est une suite de la nature du cautionnement, que lorsque le créancier n'est pas payé du débiteur principal, il puisse agir contre la caution : & la contraindre de payer : mais il ne peut le faire qu'avec de certaines restrictions, & la loi accorde à la caution le secours

(*a*) *Leg.* 8. *p.* 12. *D. de fide.*

(*b*) *Leg.* 6. *p.* 2. *D. de fide.*

(*c*) *Leg.* 8. *p.* 7. *D. de fide.*

de trois bénéfices différens ; qui adouciſſent ſa condition ou facilitent ſon recours.

Le premier eſt le bénéfice de diſcuſſion (*a*) ou d'ordre, le fidéjuſſeur ne s'étant obligé proprement de payer, qu'au cas que le débiteur ne pût payer, c'eſt-à-dire, au cas qu'il fût inſolvable, & ſon inſolvabilité ne pouvant être conſtatée que par la diſcuſſion de ſes biens ; on en a conclu que le créancier ne pourroit pourſuivre la caution, qu'après avoir diſcuté le principal débiteur.

567. La diſcuſſion faite, il reſte encore une reſſource à la caution ; car ſi d'autres ſe ſont rendus auſſi-bien que lui cautions, comme leur condition doit être égale entre eux, on a jugé qu'il étoit équitable que celui qui eſt pourſuivi pût obliger le créancier à diviſer ſa demande entre tous les cofidéjuſſeurs (*b*), qui ſont ſolvables & qui n'ont point d'exceptions, par leſquelles ils puiſſent faire annuller leur cautionnement ; tels que ſeroient, par exemple, des mineurs qui auroient cautionné : c'eſt ce qu'on appelle le bénéfice ou l'exception de diviſion.

(*a*) *Nov.* 4. *cap.* 10.

(*b*) P. 4. *Inſtit. de fidej. Leg.* 3. *Cod. Leg.* 28. *D. de fidej.*

568. Mais il arrive le plus sou-
ent que ces deux bénéfices de dis-
ussion & de division demeurent
nutiles; en effet, d'un côté les
autions judiciaires n'en jouissent
oint tant à cause de l'autorité de
a Justice, qu'à cause de la nature
le ces dettes, où l'on ne doit pas
ouffrir le retardement d'une discus-
ion, il n'y a que les certificateurs
qui puissent l'opposer, parce que
n'ayant pas proprement répondu de
a dette, mais seulement de la sol-
vabilité de celui qui en répondoit;
ls sont censés ne s'être engagés
qu'au cas que la caution judiciaire
e trouvât insolvable.

D'un autre côté, dans les con-
ventions particulieres, les créan-
ciers ne manquent presque jamais
d'y faire renoncer les cautions; il
a donc fallu dans ce cas inventer
un troisieme bénéfice, *exceptio ce-
dendarum actionum* (a), qui consiste
dans le droit qu'à la caution de de-
mander au créancier qu'il lui cede
ses droits & actions, & la subroge
en sa place; car en vertu de cette
cession; elle pourra non-seulement
discuter elle-même le débiteur pour
lequel elle a été contrainte de

(a) *Leg.* 17. *D. de fidej.*

payer ; mais agir encore contre les fidéjusseurs ; l'introduction de ce troisieme bénéfice est fondée sur cette grande regle de l'équité naturelle, qu'on doit aux autres tout le bien qui ne nous coûte point ; or cette cession est avantageuse à la caution qui la demande, & ne peut nuire au créancier qui la fait.

Mais la caution qui s'est fait subroger aux droits du créancier, ne peut exercer ce recours contre ses cofidéjusseurs ; que pour leurs portions ; autrement, comme elle est tenue solidairement elle-même, & obligée de céder les actions du créancier, le cofidéjusseur poursuivi rétorqueroit contre elle l'action solidaire, & il se feroit un cercle d'actions.

569. Quand la caution poursuivie par le créancier a payé, elle a son recours contre le débiteur, pour en être indemnisé (*a*) : cette action fondée sur l'équité a lieu quand même la caution n'auroit pas stipulé d'indemnité, ou qu'elle auroit même répondu à l'insçu du débiteur : elle recouvrera donc contre lui, non-seulement le principal & les intérêts qu'elle aura payés pour

(*a*) *Leg.* 10. *p.* 11. *D. mand.*

lui, mais encore les intérêts, tant de ce principal, que de ses intérêts; car à son égard c'est un principal dont elle doit être indemnisée.

2°. Si la caution a souffert d'ailleurs des dommages & intérêts, elle doit encore être acquittée par le débiteur (a) : ainsi si le créancier l'a poursuivie, & a fait saisir ses biens, elle sera remboursée des dépens qu'elle aura soufferts à cette occasion : il y a pourtant quelques cas où la caution n'a point de recours, par exemple, si ayant payé sans en avertir le débiteur, celui-ci payoit une seconde fois, ou si elle a payé une dette, contre laquelle elle devoit sçavoir que le débiteur avoit des exceptions légitimes (b), que si c'étoient des exceptions purement personnelles au débiteur (c), une dette par exemple contractée en minorité dont le débiteur auroit droit de se faire relever, la caution sera tenue de payer, mais elle n'aura point de recours contre le mineur, s'il se fait restituer contre la dette; car la même restitution, qui anéantiroit son obligation, éteindroit aussi l'indemnité.

(a) Leg. 45. §. 6. D. mand.

(b) Leg. 29. D. mand.

(c) Leg. 13. D. de minor. Leg. 1. Cod. de fidej. min.

570. La caution n'a pas seulement une action de recours, pour recouvrer contre le débiteur principal ce qu'elle a payée pour lui, elle peut encore le poursuivre à payer lorsque le terme est échu, quoique le créancier ne demande rien (*a*): on va même plus loin & l'on a décidé que la caution d'une rente constituée, peut, après un certain tems qui dépend des circonstances & de la prudence du Juge, forcer le principal débiteur à racheter la rente, ou à lui rapporter une décharge de son cautionnement; il n'est pas juste qu'il la laisse perpétuellement dans un engagement auquel elle ne s'est prêtée que pour lui faire plaisir (*b*): mais si la caution rachetoit elle-même la rente, avec subrogation aux droits du créanciers, elle n'auroit plus d'autres droit que ceux du créancier, & par-là se devroit contenter de la continuation de la rente, sans pouvoir exiger le rachat.

(*a*) *Contra Leg.* 10. *Cod. mand.*

(*b*) Basnag. des hypoth.

571. En général tous les moyens qui annullent l'obligation principale, operent la décharge du fidéjusseur, si ce ne sont des exceptions personnelles au débiteur, & tirées

de

de ſa qualité & de ſa ſituation (*a*); car dès que l'obligation principale ne ſubſiſte plus, celle de la caution, qui en eſt l'acceſſoire, s'évanouit: ſoit donc que la dette principale ſoit éteinte par le payement, par la novation, par la confuſion, par la reſtitution, ou par la preſcription, la caution eſt déchargée.

(*a*) Leg. 43. D. de ſolut.

De même, on a regardé l'obligation où eſt le créancier principal de céder au fidéjuſſeur ſes actions contre le débiteur comme ſi forte & ſi juſte, que ſi par ſon fait, il ne les a plus auſſi entieres qu'il les avoit lors du cautionnement, la caution eſt déchargée (*b*); car elle ne s'étoit obligée que dans la vue & ſous la ſûreté des actions qu'elle voyoit au créancier, & ſur la ceſſion deſquelles elle comptoit.

(*b*) Leg. 95, §. 11. D. de ſolut.

572. Si le fait du débiteur éteint quelquefois l'obligation de la caution, il l'augmente auſſi quelquefois; ſi, par exemple, le débiteur principal, par l'effet de ſa demeure, ſe trouve obligé aux intérêts, ſoit qu'il y ait été condamné, ſoit qu'ils courent de plein droit, il y oblige la caution; car l'obligation des intérêts, que produit la demeure,

étoit une ſuite naturelle de l'engagement.

Réciproquement, la condamnation aux intérêts, obtenue contre la caution, oblige le principal débiteur aux intérêts, car il eſt tenu d'indemniſer ſa caution.

Il n'en eſt pas tout à-fait de la preſcription comme des intérêts: à la vérité, l'interruption faite contre la caution interrompt auſſi la preſcription contre le principal débiteur: mais il n'en eſt pas de même *vice versâ*, la différence eſt que la caution doit avoir ſon recours & ſon indemnité contre le débiteur pour qui elle a été contrainte de payer: mais l'obligation de la caution n'a rien de commun à l'égard du créancier avec l'obligation du principal obligé; ce ſont deux obligations diſtinctes, & le créancier peut fort bien perdre celle de la caution par ſa négligence, ſans perdre l'autre ſur laquelle il a veillé.

573. La demande & les pourſuites d'un créancier contre l'un des cofidéjuſſeurs, n'éteint point l'obligation des autres, tant que la dette n'eſt pas acquittée: mais ſi le fidé-

jusseur poursuivi est contraint de payer, il n'a point de recours (*a*) ni d'indemnité à prétendre contre les autres cofidéjusseurs, avec lesquels il n'a point contracté, & qui n'ont point d'engagement avec lui, si en payant il n'a pris la précaution de se faire subroger aux droits du créancier.

(*a*) *Leg.* 39. *D. de fidej.*

574. La solidité est l'engagement qui oblige chacun des codébiteurs d'une même dette à payer au créancier la dette entiere : de-là vient que chacun d'eux peut être contraint par le créancier à payer toute la dette (*b*) ; mais comme il ne s'agit que de la même dette dans l'obligation de tous, un seul en payant libere tous les autres.

(*b*) *Leg.* 2. *& Leg.* 3. *p.* 1. *D. de duob. reis.*

De-là vient encore que le coobligé solidairement qui est poursuivi par ce créancier, pour le payement de la dette, ne peut lui opposer l'exception de division, ni de discussion, parce qu'il est obligé directement, principalement & de son chef à toute la dette, & non pas accessoirement comme le fidéjusseur : tel est le Droit commun & général de la France, même en pays de Droit-Ecrit, où l'on

ne suit point la Novelle 99, qui semble avoir accordé ces deux exceptions aux codébiteurs solidaires: on peut juger par-là de l'inutilité de la renonciation à ces deux bénéfices, que les Notaires ne manquent jamais d'insérer dans les clauses de solidité.

575. Les coobligés solidairement s'obligent ou conjointement ou séparément; dans le premier cas, quoiqu'ils soient tous directement & principalement obligés par rapport au créancier, ils ne le sont entre eux que pour ce qu'ils ont touché *in quantum pecunia pervenit ad eos*, & pour le surplus, ils ne sont que caution les uns des autres, *sunt ad invicem fidejussores*, & leur obligation doit avoir l'effet & suivre les regles du cautionnement ci-dessus établies.

Mais il peut arriver que les coobligés solidairement, s'étant obligés séparément & à l'insçu les uns des autres, envers le créancier, n'aient eu aucune intention de répondre de la sûreté de l'engagement les uns des autres; en ce cas leur obligation ne peut être regardée proprement comme accessoi-

re, ni comme un cautionnement; ainsi si un particulier s'est fait assûrer les marchandises de son vaisseau par deux assûreurs, qui ont contracté séparément avec lui, ou si deux personnes, par deux actes séparés & en différens tems, se sont obligés envers un acheteur à la garantie de la vente, ils sont obligés solidairement, parce qu'ils ne doivent tous deux que la même dette : mais ils ont contracté de telle maniere qu'ils ne sont point cautions l'un de l'autre, puisqu'on suppose même que chacun d'eux a ignoré l'engagement de l'autre.

La plûpart des regles qui concernent le cautionnement ne conviennent donc point à cette derniere espece de coobligés, quoiqu'elles conviennent à la premiere; ainsi lorsque l'un d'eux a payé, il n'a point de recours contre les autres, s'il ne s'est fait céder les droits du créancier : la demande faite à l'un n'interrompt point la prescription contre l'autre, & la condamnation aux intérêts obtenue contre l'un n'oblige point les autres aux intérêts; car le fait de chacun est indépendant du fait des autres (*a*).

(*a*) *Leg.* 32. *p.* 4. *D. de usur. Leg.* 173. *p.* 2. *D. de reg. Jur.*

De même, quoique le payement fait par l'un libere tous les autres, puisqu'ils ne devoient tous que la même dette ; l'exception même réelle que l'un a droit d'opposer contre son obligation ne sert point aux autres ; si l'un, par exemple, expose qu'il n'a contracté que par le dol, ou la violence qu'on lui a faite (*a*), les autres n'en seront pas moins obligés, si dans leur obligation particuliere il ne se trouve aucun de ces défauts.

(*a*) *Leg.* 2. §. 1. *D. de dol. & met. except.*

Enfin, la décharge que le créancier donnera à l'un de ces sortes de coobligés n'éteindra point l'action contre les autres, à moins qu'ils ne soient associés (*b*).

(*b*) *Leg.* 25. *D. de pact.*

576. Pour la solidité, il ne suffit pas que plusieurs personnes s'obligent conjointement à payer la même chose, en ces termes, par exemple, *nous promettons de payer à Pierre la somme de dix mille livres* ; si deux personnes ont fait cette promesse, chacune d'elles ne devra que cinq mille livres ; car dans le doute les obligations s'interpretent en faveur de ceux qui sont obligés, *quod minimum est sequimur* : la même chose auroit lieu quand ils

auroient dit, *nous promettons conjointement* ; il faut donc que la solidité soit nommément exprimée par le terme *solidairement*, ou par quelque autre équivalent, comme celui-ci, qui n'est que la définition à la place du défini, *l'un d'eux seul pour le tout*, ou bien celui-ci, *conjointement & l'un pour l'autre.*

577. La solidité peut quelquefois naître de la nature même de l'affaire, ou de la qualité des parties, sans qu'il ait été fait mention de la solidité dans la convention ; ainsi il a été jugé par Arrêt du Parlement du 18. Mars 1706. que dans une lettre de change, endossée & acceptée, le tireur, l'endosseur, & l'accepteur sont tous trois solidairement tenus envers le porteur de la lettre ; l'accepteur, parce qu'il a promis purement & simplement de l'acquitter ; le tireur & l'endosseur, parce que la valeur de la lettre de change ayant été fournie toute entiere à chacun d'eux, ils sont garands de cette valeur ; ainsi les obligations indivisibles, & qui ne peuvent être accomplies pour partie, sont nécessairement solidaires entre plusieurs coobligés par la na-

ture même de la chose.

Si plusieurs, par exemple, sont héritiers de celui qui s'est obligé de me donner un droit de passage, ou de me construire une maison, ou de délivrer de prison mon pere qui y est détenu pour une dette de dix mille livres ; chacun des héritiers peut être contraint solidairement à livrer le droit de passage, à la construction de la maison, & à la délivrance stipulée ; car tout cela ne se peut diviser.

De même encore si plusieurs par un délit, ou par une faute qui leur est commune, ont tous contribué à me causer quelque dommage; chacun d'eux est tenu solidairement de la réparation, parce que le fait de chacun a contribué au dommage entier (*a*).

(*a*) *Leg.* 6. *D. arb. fort. caf. & passim.*

De même dans l'hypotheque, chaque partie de la chose hypothéquée étant affectée à toute la dette, quiconque en posséde quelque partie est tenu hypothécairement de toute la dette.

La qualité des parties suffit quelquefois pour faire naître entr'elles la solidité; tels sont les associés, lesquels aux termes de l'Ordonnan-

ce de 1673. titre des sociétés, sont obligés solidairement aux dettes de la société, soit qu'ils s'y soient obligés conjointement, soit même qu'un seul ait signé, pourvu qu'il ait signé pour la compagnie.

578. La décharge donnée de la solidité à un seul des coobligés, tourne au profit des autres, parce que le créancier ne pourroit plus leur céder les actions entieres, telles qu'il les avoit, les ayant diminuées par son fait : or il ne peut rendre par son fait leur condition pire qu'elle n'étoit.

Mais ce n'est pas décharger de la solidité, que de donner à l'un de ses codébiteurs solidaires, quittance pour sa portion: comme personne n'est présumé facilement donner ce qui lui appartient, on doit juger que le créancier en recevant la part de l'un a entendu seulement sa part par rapport à ses autres coobligés; car quoique chacun des codébiteurs doive toute la dette, néanmoins ils ont entr'eux des parts dont ils se font raison les uns aux autres.

Enfin, la solidité est éteinte lorsque le créancier acquiert les droits

d'un des coobligés, ou le coobli-
gé du créancier ; de quelque ma-
niere que la chose arrive, soit qu'ils
les achetent, soit qu'ils deviennent
héritiers l'un de l'autre, car c'est
toujours alors par son fait que le
créancier ne peut plus céder les
actions entieres.

Jusqu'ici on a traité des actions
qui naissent des obligations que
forment les conventions; il est tems
de passer aux engagemens qui se
forment sans convention, par le
seul effet de l'équité naturelle.

TITRE VINGT-DEUXIEME.

Des actions qui naissent des obligations qui se forment sans convention; & premierement de l'obligation de procurer le bien des autres, ou des engagemens communs de l'humanité.

579. LEs engagemens qui se forment par les seuls liens de l'équité naturelle sans convention, se réduisent à deux especes ; les obligations qui naissent du dommage qu'on a causé injustement à un

autre, soit de dessein prémédité, ce qu'on nomme délit, soit par l'effet d'une simple faute, ce qu'on appelle quasi délit.

Et les obligations que forme l'équité naturelle, ou la loi Civile, par le seul effet des conjonctures où les hommes se trouvent placés les uns vis-à-vis des autres, sans qu'il y ait eu ni convention ni délit.

Entre celles-ci il y en a qui se forment sans aucun fait des Parties, & naissent immédiatement ou de l'équité, ou de la loi.

Il y en a d'autres auxquelles le fait des Parties donne lieu; on les nomme quasi contrats dans le droit Romain (*a*); on pourroit parmi nous les appeller conventions présumées.

(*a*) *Instit. de oblig. quæ ex quasi contr.*

580. Les premieres font naître différentes actions; telles sont les actions réciproques des peres & meres & des enfans les uns contre les autres, soit pour alimens, éducation, soit pour d'autres devoirs, lesquelles naissent purement de l'équité naturelle; l'action du Seigneur de fief contre l'acquéreur, pour le payement des profits; l'action pour la révocation de la do-

nation, par survenance d'enfans au donateur, ou pour l'ingratitude du donataire, lesquelles naissent de la loi Civile (*a*); les actions récisoires contre les contrats, lesquelles sont aussi données *ex æquitate* (*b*); l'action de bornage entre voisins, & l'action de partage entre copropriétaires par indivis qui sont l'ouvrage de l'équité tout ensemble & de la loi Civile.

(*a*) Paris, art. 24. Orl. 44.

(*b*) Ord. des donat. art. 39. *Leg. ult. Cod. de rev. don. tit. D. quod vi & met. causa.*

581. Les secondes donnent aussi lieu à diverses actions, dont les principales sont l'action en répétition de ce qu'on a payé, ou sans cause, ou par erreur, appellé dans le droit Romain *condictio indebiti.*

L'action de ceux dont on a fait les affaires à leur insçu *negotiorum gestorum*, l'action de tutelle, l'action des légataires contre l'héritier; enfin, l'action du jet & de la contribution pour Marchandises jettées en mer dans le péril du naufrage.

582. Les actions qui naissent des délits & des fautes, sont fondées sur la premiere des regles fondamentales du droit naturel, qui défendant de faire du mal à personne, ordonne par une suite nécessaire de réparer le dommage qu'on a causé injustement (*c*).

(*c*) Puffend. *de offic. hom. & civ. lib. 1. cap. 6.*

Les actions que produisent les engagemens qui se forment sans convention ni délit, sont pour la plûpart fondées sur la seconde de ces regles fondamentales, laquelle prescrit aux hommes de se faire réciproquement du bien, suivant que les conjonctures déterminent ce devoir, & sur cette grande regle de l'équité naturelle qui en est une suite, & qui défend aux hommes de s'enrichir par la perte d'un autre, & de profiter à ses dépens (*a*).

583. Les engagemens qui naissent de la seconde loi, qui prescrit de faire du bien aux autres, sont de deux sortes; les uns concernent tous les hommes en général, les autres regardent certaines personnes avec qui la nature, ou l'ordre de la société nous ont mis dans une liaison plus étroite; tels sont les peres & les enfans, les tuteurs & les mineurs confiés à leurs soins.

Chaque homme doit s'intéresser pour tous les autres hommes, & être toujours disposé à leur faire du bien.

De-là il suit qu'on ne peut sans injustice refuser aux autres, & même aux inconnus, les services qui

(*a*) *Leg. Iur. nat. D. de reg. Jur.*

ne coûtent rien, comme de donner de l'eau à celui qui nous en demande, d'enseigner le chemin à celui qui s'égare (*a*).

(*a*) Ciceron, *lib.* 1. *Offic.* Puff. *de offic. homin. & civ. lib.* 1. *cap.* 8.

L'étroite liaison qui regne entre les hommes oblige souvent d'aller plus loin, & de faire aux autres tout le bien qu'on peut leur procurer sans s'incommoder considérablement soi-même (*b*).

(*b*) *Beneficio affici hominem hominis interest. Leg.* 7. *D. de serv. export.*

De-là vient que par la disposition de plusieurs coutumes lorsque notre voisin bâtit dans sa Maison, nous sommes obligés de lui donner patience pour le faire, & de lui permettre l'entrée de la nôtre, même d'y démolir ce qui est nécessaire pour parvenir à la construction de la sienne, pourvu qu'il le rétablisse en diligence (*c*).

(*c*) Orl. art. 240.

Ainsi celui qui a un héritage enclavé entre ceux de ses voisins, sans aboutir à chemin, peut contraindre un de ses voisins de lui donner passage pour enlever ses fruits, & exploiter son heritage par l'endroit le moins incommode en le dédommageant (*d*).

(*d*) Louet let. S. ch. 1. Arrêtés de Lamoign. Loisel, tit. des servit. regle 16.

Ainsi l'Ordonnance de la Marine, tit. 9. art. 2. enjoint à tous les Sujets du Roi de faire tout devoir

pour secourir les personnes qu'ils verront dans le danger de naufrage ; & par l'article 8, les Habitans voisins de la mer sont tenus de travailler incessamment à sauver les effets provenans des naufrages.

TITRE VINGT-TROISIEME.

Des actions de bornage & de partage.

584. LE but de la propriété est que chacun jouisse d'une maniere fixe, sûre & paisible de ce qui est à lui ; or on ne pourroit parvenir à ce but, si ceux qui ont des héritages voisins & contigus n'étoient respectivement obligés de consentir qu'on mît des bornes entre eux, pour distinguer & reconnoître leurs héritages limitrophes, & si ceux qui sont copropriétaires en commun, & par indivis d'une même chose n'étoient en droit d'en demander le partage & tenus de le souffrir.

Le bornage des fonds contigus & le partage des choses communes, est donc un engagement naturel pour tous ceux qui se trouvent dans

cette situation, ou de voisinage, ou de communauté les uns vis-à-vis des autres.

Ainsi l'action qui en résulte est une action personnelle; elle tient cependant quelque chose de la nature des actions réelles, puisqu'elle ne peut avoir lieu que contre ceux qui possédent l'héritage, ou voisin, ou commun, & qu'ils ne pourroient plus en être tenus, s'ils avoient cessé de le posséder.

D'un autre côté, l'action de bornage & de partage sont fort différentes de toutes les autres actions réelles dans lesquelles on demande à celui contre qui ont les intente qu'il soit tenu de nous délaisser la chose qu'il possede, ou le droit que nous y avons.

Dans l'action de bornage & de partage au contraire, on ne lui demande rien de ce qu'il possede, & il peut s'en acquiter & y satisfaire sans cesser de posséder ce qui est à lui, pourvu qu'il en consente le bornage ou le partage (a).

Comme on a traité de l'action de partage au titre des successions dont elle est une suite naturelle, on ne parlera ici que de l'action de bornage.

(a) *Leg.* 1. *D. fine reg.*

585. L'action de bornage est celle par laquelle je conclus contre mon voisin, à ce qu'il soit ordonné qu'il sera planté par des Experts des bornes & limites entre nos héritages contigus.

Si les confins de deux héritages sont incertains ou contestés, ils seront de nouveau réglés à l'amiable entre les Parties, si elles en conviennent, ou sinon suivant l'avis des Experts; soit par le secours des titres, lorsqu'il y en a qui marquent le lieu des bornes, ou l'étendue que l'héritage doit avoir, & par celui d'anciens aveus & autres preuves semblables, soit par d'anciennes marques comme une haie, un fossé, un arbre, un sentier; & comme postérieurement aux titres, il peut survenir divers changemens dans les confins, par la variété des successions, ou par le caprice des possesseurs; les confins se reglent aussi par la possession & par les égards qu'on doit avoir à ces changemens; que si l'obscurité est telle qu'on ne puisse par aucune de ces voies parvenir à un réglement certain, les Arbitres nommés pour régler les bornes pourront ou parta-

ger ce qui est en contestation, ou l'adjuger à l'un des deux en l'obligeant à quelque retour envers l'autre, ou enfin borner les héritages par un autre endroit, en laissant d'une part autant que de l'autre (a).

(a) Leg. 2. §. 1. D. fin. regund. Leg. 3. D. de tit.

586. Il y a des moyens indiqués par les coutumes pour connoître les limites; la loi qui les autorise en forme autant de présomptions de droit, qui servent à diriger la religion du Juge : ces marques regardent ou les Maisons des Villes, ou les fonds de la Campagne.

Ainsi tous murs servans de séparation entre les Maisons voisines dans les Villes & Fauxbourgs d'Orléans, sont présumés communs jusqu'à neuf pieds, sçavoir deux pieds en terre, & sept pieds au dessus s'il n'y a titre au contraire (b).

(b) Paris, art. 210. Orl. 234.

A l'égard des fonds de la Campagne, les fossés qui sont entre deux héritages sont présumés communs s'il n'y a quelque marque du contraire; l'une de ces marques est lorsque le jet de la terre n'est que d'un côté du fossé, suivant cette regle de Loysel, qui douve à si a fossé (c).

(c) Orl. art. 252.

Lorsqu'une haie est plantée en-

tre deux héritages, s'il y a fossé au-de-là de la haie, elle est présumée appartenir à celui du côté duquel elle est plantée ; s'il n'y a point de fossé, & que les racines soient tournées d'un côté, elle appartiendra au Seigneur du côté duquel elles sont tournées.

Si rien de tout cela ne se rencontre, & que la haie soit entre une vigne, ou un pré, & une terre labourable, la présomption est qu'elle appartient au Seigneur de la vigne, ou du pré (*a*), parce qu'on a coutume d'enclorre avec soin les vignes & les prés, au lieu que les terres labourables ont bien moins besoin de clôture ; que si ces deux héritages sont de telle nature qu'ils aient également besoin d'être clos, la haie sera réputée commune ; à moins que par les titres & par l'arpentage des lieux, l'une des Parties ne fasse connoître que la haie est plantée sur son terrein : mais dans l'incertitude elle demeurera à celui qui en aura toujours joui ; car c'est une grande regle que *in pari causâ melior est conditio possidentis.*

(*a*) Cout. de Berry, tit. 10. art. 22.

587. Le Seigneur de l'héritage est

toujours en droit d'obliger son voisin à souffrir que l'on mette des bornes entre eux, mais il peut quelquefois faire plus : ainsi dans les Villes & Fauxbourgs, l'un des voisins peut toujours contraindre l'autre à faire à frais communs un mur de clôture (*a*) ; à plus forte raison peut-il le contraindre à le refaire lorsqu'il est ruineux, & l'on présume qu'il l'est lorsqu'il panche du quart de son épaisseur (*b*).

(*a*) Orl. art. 236.

(*b*) Lauriere, sur l'art. 205. de la Coutume de Paris,

TITRE VINGT-QUATRIEME.

De la répétition de ce qu'on a payé induement.

588. CEtte répétition est fondée non-seulement sur la regle de l'équité naturelle, qui ne permet pas de profiter induement aux dépens & par la perte d'un autre, elle l'est encore sur le droit de propriété, & sur l'obligation de restituer ce qui ne nous appartient point.

En effet, celui qui a payé par erreur, une chose qu'il ne devoit point, n'en a point dans la vérité

transféré la propriété ; la tradition qui n'eſt qu'un acte corporel ne peut avoir de force pour transférer la propriété, qu'autant qu'elle eſt accompagnée d'une volonté de transférer valable & ſuffiſante : or ſuivant la raiſon naturelle des choſes, toute volonté, tout conſentement qui n'eſt fondé ſur aucun motif, ou ce qui eſt la même choſe, qui n'a point d'autre motif que l'erreur n'eſt point un conſentement valable & ſuffiſant, étant attaché à l'erreur, comme à une condition véritablement ſuppoſée ; cette condition manquant, c'eſt une néceſſité que le conſentement tombe & s'anéantiſſe auſſi.

L'action dont il s'agit ici eſt donc plutôt réelle que perſonnelle, quoique les Juriſconſultes Romains l'aient crue purement perſonnelle, & qu'elle le ſoit en effet lorſqu'il s'agit d'une ſomme d'argent payée par erreur ; car l'argent n'a point de ſuite, & ne peut ſe reconnoitre.

589. Celui donc qui a reçu en payement une choſe qui ne lui étoit pas dûe, doit la rendre, quoiqu'il ait cru de bonne foi qu'elle lui étoit dûe, & que celui qui l'a payée l'ait

pensé de même, & il est tenu d'en prendre soin, jusqu'à ce qu'il puisse la rendre : mais si elle vient à périr sans qu'il fût en demeure de la restituer, ou qu'étant en demeure, elle fût également périe entre les mains du propriétaire, il n'en est plus responsable ; par la même raison, il doit la rendre avec les augmentations qui y sont survenues, & les fruits qui en sont provenus, pourvu qu'ils soient extans, *aut ex iis locupletior factus sit secundùm enim naturam est commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur & incommoda* (a).

590. Si celui à qui on a payé par erreur une chose, ne l'a plus, mais qu'il en soit devenu plus riche, *tenetùr in quantum locupletior factus est*, & comme il l'a reçue : dans le doute, on présume qu'il en est devenu plus riche, s'il ne prouve le contraire ; mais s'il fait voir que la chose n'a point tournée à son profit, il doit être déchargé, à moins qu'il ne l'eût reçue en payement, sachant qu'elle ne lui étoit pas dûe : dans ce cas, sa mauvaise foi l'obligeroit indéfiniment à la restitution (*b*).

591. On entend par ce qui n'est pas dû, ou ce qu'une personne paye

(a) Leg. 15. Leg. 65. §. 5. D. de condit. indeb.

(b) Leg. 65. §. 8. D. de tit.

croyant le devoir, quoiqu'il ne fût point dû du tout, ou qu'il ne fût dû que par la subtilité du droit civil (*a*), contre laquelle l'équité du droit naturel (*b*) donnoit une exception; ou si la dette étoit dûe, mais qu'il fût survenu un fait qui l'anéantissoit légitimement; ou ce qui n'est dû que sous une condition incertaine; ou si l'on a payé une chose pour une autre, & qu'on l'ait payé à un autre que celui à qui elle étoit dûe; ou qu'on ait payé en son propre nom ce qu'un autre devoit (*c*).

(*a*) *Leg.* 26. *§.* 3. *D. de cond. indéb.*
(*b*) *Leg.* 2. *p.* 1. *D. de tit. Leg.* 28. *D. de tit.*
(*c*) *Leg.* 16. *D. de tit. Leg.* 19. *p.* 3. *Leg.* 65. *p. fine.*

592. Cette regle indéfinie reçoit diverses exceptions que l'équité suggere; & 1°. Si celui qui a payé ce qu'un autre devoit, est cause que le créancier ait anéanti le titre de sa créance, comme s'il a jetté au feu l'obligation, il ne peut en ce cas répéter ce qu'il a payé; mais il aura seulement son recours contre le débiteur *cujus negotium gessit.*

Il ne peut répéter aussi s'il a payé au nom du débiteur (*d*); il en est de même s'il a payé par erreur à une personne la chose qui lui appartenoit: car cette personne pouvant la revendiquer, peut à plus forte raison la retenir (*e*).

(*d*) *Leg.* 44. *D. de cond. indeb.*
(*e*) *Leg.* 10.

2°. Le débiteur qui a payé avant le terme, quand ce terme même seroit incertain pour le tems de son existence, pourvu qu'il soit sûr qu'il existera ne peut répéter ce qu'il a payé; car il n'a fait que payer ce qu'il devoit, puisque ce qui est dû à terme, est véritablement dû avant le terme, quoiqu'il ne puisse être exigé qu'après le terme (a).

(a) Leg. 18.

3°. Celui qui sachant qu'il a des moyens pour se défendre contre son créancier, le paye volontairement, ne peut redemander ce qu'il a payé, *cujus enim dati per errorem repetitio est, ejus consulto dati donatio est* (b): mais lorsque dans le doute, s'il devoit ou non, il a payé à toutes fins pour se libérer, il recouvrera ce qu'il a payé; s'il se trouve qu'en effet il ne devoit point (c).

(b) Leg. 53. D. de reg. Jur. Leg. 21. p. 1. de inoffic. test.

(c) Leg. fin. Cod. de cond. indeb.

4°. Ceux qui acquitent volontairement des dettes, qui à la vérité sont nulles en Justice, mais que l'équité naturelle rendoit légitimes, quoique leur disposition fût telle que s'ils eussent connu leur droit, ils ne les auroient point payées, ne peuvent les répéter; car l'équité seule donnant naissance à cette ré-

pétition,

pétition, ne peut la donner contre une dette que l'équité obligeoit de payer (*a*).

Telle est une femme qui paye, étant devenue veuve, une dette qu'elle avoit contractée pendant le mariage sans l'autorité de son mari; car tout ailleurs, l'erreur de droit n'est point un obstacle à la répétition, car cette erreur ne nuit point à celui qui veut conserver sa chose (*b*).

Enfin, si celui qui de deux choses devoit l'une à son choix a payé les deux par méprise, il peut répéter celle qu'il voudra; car sa méprise ne lui a point fait perdre son droit (*c*).

593. La répétition de ce qu'on a donné pour une cause qui cesse, ou sous une condition qui n'arrive point, est assez semblable à celle qu'on vient d'expliquer.

Ainsi si j'ai fait don à une personne qui se destinoit à l'état Ecclésiastique d'une somme de mille écus pour lui servir de titre Clérical, & que cette personne quitte l'Eglise pour prendre un autre état; la cause du don cessant absolument, la donation cesse aussi, &

(*a*) *Leg. natur. Leg.* 13. *& Leg.* 14. *D. de cond. indeb. Leg.* 10. *D. de oblig. & act.*

(*b*) *Leg. reg. Jur. de Jur. & fact. & ignor. Leg. Jur. Leg. error. h. t.*

(*c*) *Leg. penult. Cod. de condit. indeb.*

je pourrai le contraindre à me rendre les mille écus (*a*) : mais si au lieu de donner les mille écus, j'avois donné une Maison de la valeur de trois mille livres, & que cette Maison eût été brûlée par un accident purement fortuit, le donataire seroit quitte en me rendant la place, *debitor enim speciei, interitu speciei liberatur.*

594. La répétition d'une chose qu'on a donnée sans cause, ou par une cause qui n'a point existé, a les mêmes effets que la répétition de ce qu'on a payé par erreur, comme si j'avois payé le profit de rachat d'une Maison, qui ne m'étoit point échue véritablement par succession (*b*).

595. A la répétition de ce qu'on a donné pour une cause (*c*) qui n'a point eu lieu, est semblable la répétition de ce qu'on a donné pour une cause illicite de la part de celui qui a reçu, comme si je vous ai donné de l'argent pour ne point me tuer, ou pour me rendre le dépôt que je vous avois confié ; car quoi de plus honteux que d'exiger de l'argent pour consentir à ne pas commettre une injustice & un crime (*d*).

(*a*) *Leg.* 1. *p.* 1. *D. de de cond.* Arrêt de Catelan, tome 2.

(*b*) *Leg.* 1. *p.* 2. *D. de cond.*

(*c*) *Leg.* 2.

(*d*) *Leg.* 2. *p.* 1. *D. de cond. ob turp. caus.*

Mais si le fait n'étoit illicite que de la part de celui qui a donné, la loi le rend non-recevable à répéter ce qu'il a donné, de peur qu'il ne soit reçu à alléguer sa propre turpitude; & par la même raison, si le fait est illicite, & de la part de celui qui reçoit, & de la part de celui qui donne, il n'y a pas non plus lieu à la répétition, & d'ailleurs, en pareille situation, la cause de celui qui possede est toujours la meilleure (*a*).

(*a*) *Leg.* 3. *D. de tit. Leg.* 128. *D. de reg. Jur.*

TITRE VINGT-CINQUIEME.

De l'action de ceux dont on a géré les affaires à leur insçu & sans ordre.

596. CElui qui a géré les affaires d'un autre en son absence & sans son ordre s'est engagé par-là à lui rendre compte de sa gestion, lui remettre ce qu'il a reçu pour lui, payer le reliquat du compte, & répondre de ses fautes & des négligences qu'il auroit commises dans son administration; s'il n'a pris la conduite de ses affaires que dans une nécessité pressante, il ne garantit que sa bonne foi, & n'est

(a) Leg. 3. §. 9. D. de negot. gest. Leg. 11. D. de tit.

(b) Leg. 20. Cod. de negot. gest.

tenu que des fautes grossieres (a) ; s'il s'est ingéré sans nécessité, il doit la diligence la plus exacte (b).

Celui dont il a fait les affaires a donc une action directe contre lui pour tout cela ; mais il a à son tour une action contraire pour se faire rendre les dépenses qu'il a faites utilement pour la conduite des affaires dont il s'étoit chargé, & indemniser des pertes qu'il auroit souffertes uniquement à cette occasion ; car personne ne doit souffrir du plaisir qu'il fait à un autre, & du service qu'il lui a rendu (c).

(c) Leg. 2. D. de tit.

L'utilité de la gestion se considere dans son principe & non par l'évenement, & l'on alloue comme dépenses utiles toutes celles que le maître auroit faites ou dû faire lui-même en pareil cas (d).

(d) Leg. 10. §. 1. D. de tit.

Ainsi si j'ai fait rétablir la Maison de mon ami qui menaçoit ruine, & qu'ensuite elle ait été consumée par le feu, il ne m'en devra pas moins l'argent employé aux réparations : mais si j'avois fait pour lui un bâtiment nouveau sans nécessité, il n'en seroit tenu qu'autant qu'il en profiteroit.

TITRE VINGT-SIXIEME.

De l'action de tutelle.

597. CEtte action est ouverte quand la tutelle est finie.

La tutelle finit par la mort naturelle & civile du mineur & du tuteur; par l'émancipation du mineur, & lorsqu'il est parvenu à l'âge de vingt-cinq ans accomplis; enfin, lorsque le tuteur est privé de la tutelle par le Juge, à cause de sa mauvaise administration, ou du dérangement de ses affaires, ou qu'il s'en est fait décharger pour des raisons légitimes (a).

Alors le mineur a action contre son tuteur, pour qu'il lui rende compte, & le tuteur contre le mineur, pour qu'il l'indemnise des dépenses utiles qu'il a faites pour lui dans sa gestion (b).

Tous les articles qui entrent dans ce compte, & qui forment comme les demandes respectives des Parties, ont leur principe dans les engagemens auxquels la tutelle obligeoit le tuteur envers son mineur; il

(a) Leg. 1. D. tut. & rat. dat.

(b) Leg. 1. & l. 3. de contr. act.

faut donc connoître ces engagemens.

598. Les engagemens des tuteurs précedent l'administration, ou consistent dans l'administration même, ou la suivent.

Le premier devoir du tuteur est de prêter devant le Juge, qui l'a nommé, le serment de bien & fidélement administrer la tutelle (*a*).

Le second, de faire pardevant Notaires, avec un curateur créé pour ce fait, un Inventaire (*b*), exact & fidele de tous les effets mobiliaires des mineurs, & des titres de leurs immeubles (*c*), & s'il l'omettoit, on pourroit déférer aux mineurs, lors du compte de la tutelle, le serment pour estimer la valeur des meubles qu'ils pouvoient avoir dans le tems de l'élection de tutelle; il est vrai qu'on ne leur déféreroit pas ce serment indéfiniment, mais jusqu'à une certaine somme qui seroit arbitrée, eu égard à l'information de commune renommée, à la condition des pere & mere des mineurs, & à l'égard de leur fortune & de leur situation à leur décès (*d*).

599. Voilà les devoirs qui précedent

(*a*) *Leg.* 27. *Cod. de ep. & cler. Leg.* 28. *Cod. de admin. tut. Novel.* 72. *cap. ult.*

(*b*) *Leg.* 1. *p.* 3. *D. tut. & rat. Leg.* 7. *de admin. & per tut.* Poitou, art. 506. Sens, art. 159. Berry, ch. 1. art. 42. & 44. Bourbonn. art. 182. Tournaisis, art. 348.

(*c*) *Leg.* 24. *Cod. de admin. tut. Leg.* 7. *cap.* 5. & 7. *Cod. de cur. fur.*

(*d*) *Leg.* 5. *cap.* 1. *in lit. Jur.*

l'administration ; à l'égard de l'administration même de la tutelle, elle regarde ou la personne, ou les biens des mineurs.

Les devoirs du tuteur pour la personne de ses mineurs, sont de les nourrir, les entretenir & leur donner une bonne éducation, eu égard à leur condition & à leurs facultés (*a*) ; car les soins du tuteur ne s'étendent pas moins sur l'ame que sur les biens des mineurs.

3°. De leur procurer par les instructions nécessaires un établissement convenable, suivant leurs talens, leurs biens, leurs qualités, soit pour apprendre un métier, soit pour entrer au Service, ou dans la Robe, ou dans l'Eglise, ou professer les Arts libéraux & les Sciences utiles aux hommes : il n'en est pas de l'établissement comme de la simple nourriture : car si leurs revenus ne sont pas suffisans pour le leur procurer, le tuteur, en vertu d'une Ordonnance du Juge rendue sur un avis de parens, pourra prendre de leurs fonds & même de leurs héritages, jusqu'à la somme nécessaire.

Ces devoirs du tuteur sont la source du pouvoir & de l'autorité

(*a*) *Leg.* 2. & *Leg.* 4. *D. ubi pup. educ. deb. Leg.* 6. & 5. *D. Carb. edict.*

qu'il a sur la personne de son mineur pour lui commander ce qu'il juge à propos, le châtier, lui donner des maîtres.

600. Les devoirs des tuteurs, pour les biens de leurs mineurs, consistent à remplir l'idée d'une sage & vigilante administration.

Quelque étendue qu'aient toutes les parties de l'administration, on peut les réduire à quatre points, contracter, percevoir les fruits des fonds, entretenir les biens, faire les poursuites nécessaires pour la conservation des droits.

C'est en tout cela que consiste le pouvoir & l'autorité du tuteur, sur les biens de son mineur; autorité telle que tout ce que fait le tuteur en cette qualité, oblige le mineur, comme s'il l'avoit fait lui-même; de sorte que le fait du tuteur est réputé le fait du mineur dans tout ce qui ne passe pas les bornes de l'administration.

Le mineur au contraire ne peut valablement contracter aucune obligation sur la conduite de ses biens sans l'autorité de son tuteur, si ce n'est autant que la chose auroit tournée à son profit, *ne eum alterius*

ulterius jacturâ locupletur.

De-là vient que le tuteur ne peut contracter avec son mineur, ni poursuivre ses droits contre lui, ni faire inventaire d'une succession, ou d'une communauté où il est intéressé avec lui, qu'en lui faisant créer un curateur, ou subrogé tuteur, à cet égard seulement *ne in rem suam auctor ipse fiat* (a).

Il peut cependant l'autoriser à accepter une succession qui lui est échue, quoique le tuteur soit créancier de cette succession : car le mineur ne contracte alors qu'indirectement avec lui, *& per consequentiam aditæ hæreditatis* (b).

De même il a été jugé par Arrêt qu'un tuteur peut mettre son enchere, comme un autre, aux biens de son mineur saisis réellement par des créanciers.

De-là vient encore qu'un tuteur ne doit pas prendre de transports sur son pupille, si ce n'est par avis de parens, & pour le débarrasser des poursuites d'un créancier trop dur; & il ne peut, en ce cas, répéter contre son mineur que ce qu'il lui en a coûté véritablement pour acheter la dette.

(a) *Leg. 5. D. de auth. tut.*

(b) *Leg. 1[illegible] D. de auth. tut.*

601. Aussi-tôt que l'inventaire est fait, le tuteur, suivant l'article 102. de l'Ordonnance d'Orléans, doit faire vendre publiquement les meubles de ses pupilles, à moins que les parens, pour des raisons particulieres, & eu égard à l'état des mineurs ne soient d'avis d'en conserver une partie ; & s'il ne le fait, il payera aux mineurs le quart en sus au-delà de l'estimation ; c'est ce qu'on appelle le Parisis, si les meubles ont été estimés quatre mille livres, il leur tiendra compte de cinq mille livres.

Il faut excepter la vaisselle d'argent, & les choses qui se vendent au poids, au nombre & à la mesure, lesquelles ne sont point sujettes à la crue du parisis.

602. Il doit aussi faire l'emploi des deniers de ses mineurs (*a*), soit qu'ils leur appartinssent deja lors de la tutelle déférée, soit qu'ils proviennent de la vente de leurs meubles, ou du remboursement de leurs rentes, ou de la licitation d'immeubles où ils avoient une part indivise.

Cet emploi, il peut le faire ou en fonds de terre, ou en constitu-

(*a*) *Leg. 7. cap. ult. de admin. & per tutel.* Voyez Ord. de 1669. titre 29. art. 1.

tion de rente, & prendre pour sa sureté un avis de parens homologué (*a*), afin de n'être pas responsable de la solvabilité de ceux auxquels il aura prêté les deniers.

Les tuteurs, faute d'avoir fait cet emploi dans les six mois (*b*), à compter du jour qu'ils ont eu entre les mains les deniers, ou de justifier, soit par un avis de parens, soit par des diligences faites en Justice, l'impossibilité où ils ont été d'en trouver un emploi, sont tenus envers leurs mineurs de leur en payer les intérêts (*c*) au denier vingt, à compter de l'expiration des six mois, & dès-lors les risques des évenemens, tels que les diminutions tombent sur eux (*d*).

Ces intérêts des sommes qui auroient dû être employées par le tuteur forment à mesure un revenu réglé & ordinaire au mineur, en se joignant chaque année à ses autres revenus, & lorsque les épargnes de tous ces revenus (*e*), composés tant des revenus naturels, que de ces intérêts, déduction faite de la dépense que le tuteur a légitimement faite pour son mineur, font une somme convenable (*f*) pour

(*a*) Arrêt du 29. Juil. 1596. Ord. de 1560. art. 102.

(*b*) *Leg.* 15. *D. de adm. per tutel.* Leprêtre, cent. 1. ch. 52. Acte de notoriété du Châtel. de Paris, du 11. Mai 1699. Arrêtés de Lamoignon, art. 97. & 101.

(*c*) *Leg.* 58. *D. de adm. tut.* Ord. de 1560. art. 102.

(*d*) *Argum. Leg.* 102. *D. de solut.*

(*e*) *Leg.* 58. *cap.* 1. *de admin. tut.*

(*f*) Brod. sur Louet, lett. R. ch. 55.

former un capital, eu égard à la qualité, l'âge & l'état des biens du mineur, le tuteur est obligé de faire emploi de cette nouvelle somme dans les six mois (a), à compter du jour qu'il a dû l'avoir entre les mains; faute de quoi il en doit de même l'intérêt qu'il sera tenu de porter encore en recette l'année suivante, pour augmenter les revenus du mineur, & ainsi successivement.

C'est ce qu'on entend lorsqu'on dit que les tuteurs doivent les intérêts des intérêts (b) par accumulation, suivant un célébre acte de notoriété du Châtelet de Paris du 11. Juillet 1698.

603. Si le tuteur doit vendre les meubles de son mineur, il n'en peut aliéner les immeubles (c), cela passe l'administration; il faut excepter les aliénations nécessaires (d), car l'aliénation nécessaire est administration.

Ainsi après la discussion faite des biens mobiliaires du mineur, ses héritages peuvent être saisis réellement sur le tuteur, par les créanciers du mineur, & adjugés par decret: de même un héritage com-

(a) Breton. t. 2. l. 4. quest. 71.

(b) Leg. 7. p. 12. Leg. 58. p. ult. de admin. & peric. tut. Leprêtre, cent. 1. ch. 52. & cent. 2. ch. 30.

(c) Leg. 22. Leg. 46. p. ult. de adm. & peric. tut. Leg. 16. eodem.

(d) Leg. 1. cap. 2. de tutel. & rat. dist.

[illegible]mun entre un majeur & un mineur [illegible]eut être licité ſur le tuteur à la [illegible]quête du majeur, qui ne doit pas [illegible]e forcé de reſter en communauté m[illegible]lgré lui.

[illegible]04. Le tuteur lui-même, lorſque l[illegible] néceſſité des affaires de ſon mi[illegible]ur le demande, doit faire aſſem[illegible]er les parens, & prendre une Or[illegible]onnance du [illegible]ge (*a*), qui lui permette de v[illegible]dre des fonds de ſon mineur pou[illegible] en faire l'emploi requis; il peu[illegible]uſſi, & même ſans avis de parens [illegible]ecevoir les rembourſemens des [illegible]tes dûes à ſon mineur & en don[illegible]r quittance; car c'eſt une alié[illegible]tion abſolument forcée (*b*), [illegible] cette quittance eſt un pur acte [illegible]dminiſtration : le débiteur eſt [illegible]onc libéré encore que le tuteur [illegible]t diſſipé cette ſomme & ſoit d[illegible]venu inſolvable; c'eſt un [illegible]certain parmi nous en pays coutumier, contraire à celui qui s'obſerve dans les pays de Droit-Ecrit, où les rembourſemens n'operent pleinement la décharge du débiteur, que lorſqu'ils ſont faits avec avis de parens & Ordonnance du Juge (*c*).

605. Il en eſt de même d'une

(*a*) *Leg.* 4 *Cod. de prædic. & alt. reb. min.* rapp. au Journal des Aud. t. 1. l. 2. ch. 71. Arrêtés de Lamoignon, tit. des tut. art. 85. Louet, lett. A. ch. 5.

(*b*) Commentaire de la Cout. de Paris, ſur l'art. 94.

(*c*) *Inſt. tit. quibus alien. lic vel non.*

succession échue au mineur, le tuteur doit l'accepter ou y renoncer, suivant qu'il le juge convenable à l'intérêt de son mineur, qui devient aussi-tôt héritier & obligé à toutes les suites de cette qualité, ou perd au contraire la qualité d'héritier, sauf après la tutelle finie de se faire restituer contre l'acceptation ou la renonciation : mais si le tuteur avoit renoncé sans avis de parens, la renonciation seroit nulle, & le mineur n'auroit point perdu la qualité d'héritier ; car une renonciation est une véritable aliénation : le tuteur peut & doit encore accepter les donations faites à son pupille (a).

606. Le tuteur est autorisé à percevoir tous les fruits des héritages de son mineur ; mais il doit acquitter aussi sur ces fruits les charges & les rentes dont ces héritages sont redevables, & employer le surplus à l'utilité du mineur : ces fruits, il peut, s'il veut, les affermer en argent ou à moison, pourvu qu'il le fasse sans fraude & sans anticipation du tems (b) ; il n'est pas même tenu de faire ces baux en Justice quoiqu'il soit plus sûr pour lui de le faire.

(a) Ord. des donat. art. 4.

(b) Arrêt du 21. Fév. 1613. Brod. sur Louet, lett. B. ch. 5.

Il en est des fruits civils comme des fruits naturels (*a*) ; le tuteur doit donc recevoir les arrérages des rentes, les profits & Droits Seigneuriaux, les amendes, épaves, confiscations : il nomme aux Offices de la Justice de son mineur, il présente aux Bénéfices dont il a le patronage.

(*a*) Morr Leg. rei vi

607. C'est une partie considérable des devoirs du tuteur, que d'entretenir les héritages de son pupille en bon état de réparations, & lorsqu'il y en a d'extraordinaires & de considérables, il est bon pour sa sûreté qu'il les fasse visiter par Experts nommés par le Juge sur sa Requête : pour tout cela, il peut faire des marchés, des traités, emprunter même si le bien des affaires de son mineur le requéroit, & il l'oblige, soit envers les ouvriers, soit envers celui qui a prêté, lorsque les ouvrages ou les deniers ont tourné à l'utilité du mineur, *si in rem ejus versum fuerit*.

Le tuteur ne doit pas moins veiller à l'entretien des biens incorporels, ou des droits de son mineur, qu'à celui de ses héritages ; il est donc tenu d'interrompre les prescriptions, de s'opposer dans le tems

au decret des héritages sur lesquels son mineur a hypothéque, de recevoir en foi les vassaux, demander souffrance au Seigneur, faire passer les reconnoissances, les déclarations d'hypothéque, faire payer les débiteurs, & faute de toutes ces diligences, il est responsable des pertes que sa négligence aura causées à son mineur, ou qu'elle n'aura pas prévenues (a).

608. Il a le pouvoir, lorsqu'il le juge à propos pour l'utilité de son mineur, d'intenter les actions de retrait lignager ou féodal, acquises à son pupille, de soutenir, soit en demandant, soit en défendant, sur l'avis de conseil par écrit (b), tous les procès nécessaires pour la conservation des droits du mineur, qui ne peut ester lui-même en Justice : mais s'il appelloit sans un avis de parens, & qu'il fût condamné, les frais de la condamnation tomberoient sur son compte, de même que les Sentences rendues contre lui en cette qualité s'exécutent sur les biens de son mineur, même pour les dépens (c), à moins que le Juge n'eût ordonné que le tuteur les porteroit en son propre

(a) *Leg.* 1. *de tut. & rat. dist. Leg.* 6. *Cod. de test. tut.*

(b) Coût. de Bretagn. art. 513. Bacq. des droits de Justice, ch. 2. n. 42. Arrêtés de Lamoign. art. 110.

(c) *Leg.* 3. *p.* 7. *D. de contrar. tut. art.* Bacq. des droits de Justice, ch. 21. n. 42.

nom, ce qui arrive quelquefois, lorsque la contestation étoit formée témerairement & sans avis de parens (a).

609. Tels sont les devoirs du tuteur par rapport à l'administration; il y en a un autre qui la suit, c'est de rendre compte.

L'Ordonnance de 1667. titre de la reddition des comptes, article premier, prescrit aux tuteurs de rendre compte aussi-tôt que la tutelle est expirée (b), & jusques-là ils sont réputés tuteurs en tout ce qui est contr'eux: ainsi par l'article 131. de l'Ordonnance de 1539. l'article 2. de la Déclaration de Février 1549. & l'article 276. de la Coûtume de Paris, ils ne peuvent par donation entre vifs, ni testamenraire, recueillir aucune libéralité de leurs minenrs, tant qu'ils sont comptables; & suivant l'article ci-dessus, ils sont toujours réputés comptables, encore même que le compte soit clos & arrêté, jusqu'à ce qu'ils aient payé le reliquat, s'il en est dû, & remis toutes les pieces justificatives.

Ils ont donc grand intérêt de rendre ce compte; l'Ordonnance

(a) *Leg. 8. Cod. de admit. tut. Leg. 9. p. 6. de admit. & peric. tut. Leg. 78. & 2. de Leg. 2.*

(b) *Leg. 1. p. 3. D. de tut. & rat. dist. Novel. 72. cap. ult. de ult. inst. de attil. tut.*

de 1667. article 7. en a preſcrit forme au titre qui vient d'être ci ce compte doit être compoſé d'u chapitre de recette, de dépenſe & de repriſe.

Le premier charge le tuteur non ſeulement de ce qu'il a reçu, ſoi en fonds, ſoit en revenus, mai encore de tous les revenus qu'il pu toucher, & qui étoient dûs au mineur (*a*); & même des intérêt des ſommes qu'il a dû placer, & cela d'année en année, & enfin des dommages que ſa mauvaiſe adminiſtration a cauſés à ſon mineur.

Dans ce chapitre de dépenſe, il employe toutes celles qu'il a faites utilement pour ſon mineur (*b*), & qui ſont juſtifiées par des quittances ou pieces équivalentes : à l'égard de la nourriture & de l'entretien du mineur (*c*), des voyages que le tuteur a été obligé de faire pour ſes intérêts (*d*), ſes regiſtres ſont ſuffiſamment foi de ces dépenſes lorſqu'elles ſont vraiſemblables.

Le chapitre de repriſe, qui fait proprement partie de celui de dépenſe, eſt compoſé des dettes dont le tuteur s'étoit chargé en re-

(*a*) *Leg.* 32. *p.* 2. *D. de admit. & peric. tut.*

(*b*) *Leg.* 33. *D. tut. de admit. & peric. tut. Leg.* 5. *de contrar. tut. act.*

(*c*) *Leg.* 2. *ubi pup. educ. Leg.* 4. *eodem. & Leg.* 12. §. 3. *D. de adm. & peric. tut.*

(*d*) *Leg.* 1. §. 9. *D. de tut. & rat. diſt.*

:tte ; mais dont il n'avoit pu faire recouvrement , & cette reprise oit lui être allouée en justifiant de s diligences , comme commandemens , saisies , &c.

Si le montant de la recette excede la dépense & la reprise, cet xcédent , qui se nomme reliquat , orte intérêt de plein droit , quoiu'il soit si bien exigible, que le nineur , pour en être payé , peut oroceder par voie d'exécutoire , urt. 7. tit. 29. de l'Ordonnance de 1667. même par la contrainte par corps , art. 3. tit. 34. de la même Ordonnance , & il a pour ce reliquat une hypothéque légale sur les biens de son tuteur (*a*), du jour que la tutelle a commencé (*b*).

Si au contraire le total de la dépense & de la reprise excede la recette , le tuteur peut demander au Juge condamnation , & exécutoire pour l'excédent avec adjudication des intérêts , à compter du jour qu'il en aura formé la demande (*c*).

(*a*) *Leg. un.* §. 1. *Cod. de rei ex act. Leg.* 20. *d. de adm. tut. Novel.* 118. *cap.* 5.

(*b*) *Leg.* 6. §. *ult. de bon. quæ lib.* Arrêt du 6. Avril 1574. Brod. sur Louet, lett. H. ch. 23.

(*c*) Voyez Louet & Brodeau *loco citato*, Henris & Bretonn. t. 1. l. 6. quest. 36.



TITRE VINGT-SEPTIEME.

De l'action pour jet & contribution.

610. L'Équité de la regle qui défend de profiter de la perte d'un autre, est ce que demande l'humanité, & la liaison mutuelle qui doit regner entre les hommes, n'est dans aucune partie du droit plus sensible, que dans cette loi de la contribution inventée & établie par les Rhodiens, autrefois grands hommes de mer, & adoptée par les Romains (*a*), & par la sagesse de nos Ordonnances (*b*).

Cette Loi ordonne que lorsqu'on a été obligé de jetter des marchandises en mer pour alléger le vaisseau dans une tempête, & par-là éviter le naufrage, ce qui a été ainsi livré à la mer pour le salut commun de toutes les marchandises du vaisseau, soit payé par contribution sur toutes ces marchandises; car il ne seroit pas juste que ceux dont les marchandises ont été conservées par la perte des autres profitassent ainsi de cette perte aux

(*a*) *Toto titulo, D. de Leg. Rhod. de jact.*

(*b*) Ord. de la Marine de 1681. tit. du jet & de la contribut.

épens de celui de qui les marchan-
ises ont été jettées.

611. La perte sera donc commu-
e à tous ceux qui auront à perdre
uelque chose dans ce péril ; ainsi
e maître du vaisseau, tous ceux dont
es marchandises ont été garanties,
eux dont elles ont été jettées,
orteront chacun leur part de la
erte à proportion de celle qu'ils
voient au tout.

Les munitions de bouche ne
ontribuent point, parce qu'elles
étoient destinées à être consom-
nées : mais le vaisseau, les mar-
chandises qui y sont chargées, pe-
santes ou légeres, les habits & les
ornemens, les pierreries même
contribuent, parce que toutes ces
choses doivent également leur con-
servation au jet.

Les passagers ne contribuent
point pour leurs personnes, quoi-
qu'elles aient été sauvées par le jet,
parce qu'on ne peut faire d'estima-
tion des personnes libres.

Par l'Ordonnance de la marine
(a), les munitions de guerre, & (a) Art. 11.
les loyers & hardes des matelots
ne contribuent point, quoique ces
choses doivent être payées par con-

tribution sur tous les autres effets si elles ont été jettées.

Au contraire, les effets qui étoient sur le tillac contribuent, s'ils sont sauvés, & s'ils sont jettés on ne peut en demander la contribution (a).

612. Par le Droit romain, la contribution se faisoit sur le pied de l'estimation, tant de ce qui est perdu que de ce qui est sauvé; sçavoir, les marchandises jettées sur le pied qu'elles avoient été achetées, parce qu'il s'agit d'une perte dont on doit dédommager, & non pas d'un gain qu'on doit faire bon, & les marchandises sauvées sur le pied qu'elles pourront être vendues suivant le prix commun (b).

Mais comme il ne paroissoit pas juste que des marchandises dont la condition doit être égale, fussent estimées si inégalement; comme d'ailleurs la mesure de la perte que fait le maître de la marchandise jettée, est véritablement le prix qu'elle valoit, & qu'il l'auroit vendue, l'Ordonnance de la Marine a changé la disposition du Droit romain sur cet article, & elle ordonne : 1°. Que les marchandi-

(a) Art. 18.

(b) Leg. 2. p. 4. h. t.

jettées & ſauvées ſeront eſtimées indiſtinctement, ſuivant le prix courant du lieu de la décharge du Bâtiment (*a*). (*a*) Art. 6.

2°. Que la répartition pour le payement des pertes & dommages ſera faite ſur les effets ſauvés & jettés, & ſur la moitié du Navire & du fret, au marc la livre de leur valeur (*b*). (*b*) Art. 7.

3°. Que pour juger de la qualité des effets jettés à la mer, les connoiſſemens & les factures ſeront repréſentées (*c*). (*c*) Art. 8.

4°. Que ſi la qualité des marchandiſes a été déguiſée par les connoiſſemens & leur prix diminué, elles contribueront en cas qu'elles ſoient ſauvées, ſur le pied de leur véritable valeur, & ſi elles ſont perdues, elles ne ſeront payées que ſur le pied du connoiſſement (*d*). (*d*) Art. 9.

5°. Que ſi au contraire, elles ſont de moindre prix, & qu'elles ſoient ſauvées, elles contribueront ſur le pied de la déclaration, & ſi elles ſont jettées, elles ne ſeront payées que ſur le pied de leur valeur (*e*). (*e*) *Ibid.*

613. La contribution n'a lieu que

lorsque les marchandises jettées ont été perdues, & si elles sont recouvrées par les propriétaires depuis la répartition, ils seront tenus de rapporter ce qu'ils auront reçu dans la contribution, sous la déduction du dommage qui leur aura été causé par le jet, & des frais du recouvrement (*a*).

(*a*) Ord. art. 22. *Leg.* 4. *D. h. t.*

Elle n'a point lieu lorsque le Navire n'a point été sauvé par le jet, & les marchandises qui pourront être sauvées du naufrage, ne devront aucune contribution à celles qui auront été jettées, puisqu'elles n'ont point été conservées par ce jet (*b*).

(*b*) Ord. art. 11. *Leg.* 5. & 7. *D. h. t.*

Mais si le Navire ayant été sauvé par le jet, & continuant sa route vient à se perdre, les effets sauvés du naufrage contribueront au jet sur le pied de leur valeur en l'état qu'ils se trouveront, déduction faite des frais du sauvement; car ces marchandises, sans le jet seroient péries dans le premier péril, & par-là n'auroient pu être sauvées dans le second (*c*).

(*c*) Ord. art. 16. *Leg.* 4. *§.* 1. *h. t.*

Si dans le cas d'un second naufrage, celui dont les marchandises avoient été jettées dans le premier

péril

péril vient à les recouvrer, il ne sera pas tenu de contribuer à la perte des autres; car ce n'est pas par cette perte qu'il a recouvert les siennes, & l'Ordonnance (a) décide que les effets jettés ne contribueront en aucun cas au payement des dommages arrivés depuis le jet aux marchandises sauvées.

(a) Ord. de la Marine, tit. du jet & contribution, art. 17.

614. Les marchandises ne doivent aucune contribution pour le dommage arrivé au Bâtiment, s'il n'a été fait exprès pour faciliter le jet; car le maître du vaisseau est tenu de fournir le vaisseau, & les pertes qui y arrivent sont pour son compte, comme le sont sur celui de tous les autres ouvriers les choses qu'ils fournissent (b).

(b) *Ibid.* art. 14. 15. & 18. *Leg.* 2. *p.* 1. *leg.* 5. *p.* 9. *D. de leg. Rhod.*

Mais si le Navire avoit été racheté des mains des Pyrates pour de l'argent; cette somme, par laquelle les marchandises ont été conservées aux propriétaires, sera portée par contribution sur toutes ces marchandises (c).

(c) *Leg.* 2. *p. si nav. h. t.*

En cas de perte des marchandises mises dans des Barques, pour alléger le vaisseau en entrant dans quelque port ou riviere, la repar-

tition s'en fera sur le Navire & son chargement entier; car c'étoit pour l'interêt du vaisseau & de ses marchandises que cette décharge avoit été faite (*a*).

Mais si le vaisseau perit alors avec son chargement, il ne sera fait aucune repartition sur les marchandises mises dans les alléges, quoiqu'elles arrivent à bon port, *quia jactus in tributum salvâ nave venit* (*b*).

Reste à traiter des engagemens qui naissent de nos délits & de nos fautes, pour la reparation du dommage.

(*a*) Ord. art. 19. leg. 4. *h. t.*

(*b*) Leg. 5. D. *h. t.* Ordonn. art. 20.

TITRE VINGT-HUITIEME.

De l'action en dommages & interêts, en restitution des choses volées, & en reparation d'injures.

615. ON fait du mal à quelqu'un ou par le dessein formé de lui nuire, ce qu'on appelle délit, ou par imprudence, ce qu'on nomme faute, ou involontairement par le pur effet d'un cas fortuit, ou volontairement, mais sans sçavoir c'

qu'on fait, comme les insensés & les enfans, ou au contraire par l'autorité de la Justice & la suite de l'ordre public, comme ceux qui exécutent les Sentences des Magistrats, ou enfin dans la nécessité d'une juste défense, contre celui qui nous attaque sans avoir droit de le faire.

Dans les quatre derniers cas, le mal causé ne peut être imputé qu'à celui qui l'a fait; il l'est au contraire dans les deux premiers, à moins qu'il ne s'agisse de ces fautes si légeres & si difficiles à prévoir, qu'on doive les mettre au rang des cas fortuits.

616. Faute est toute action inconsidérée, par laquelle on nuit à un autre.

Ce défaut de prévoyance étant volontaire nous rend responsables du dommage qui en arrive; car quoiqu'il n'emporte pas un dessein formé de nuire, il renferme secretement la volonté de nous exposer au hazard de ce qui pourra arriver de notre négligence, ou de notre imprudence, dont nous avons entrevu au moins les premieres suites.

Nuire eſt faire du mal à quelqu'un ſans avoir droit de le faire.

617. De l'obligation de ne point nuire naît celle de réparer, auſſi pleinement qu'il eſt poſſible, le dommage qu'on a cauſé injuſtement.

Toutes les pertes qui naiſſent du fait par lequel on a cauſé le dommage, & qui ne feroient point arrivées ſans cela, doivent être imputées à l'auteur du dommage, ſi celui qui l'a ſouffert n'a pu ni les prévenir, ni les arrêter, & ces pertes ſont la juſte meſure de l'étendue de la reparation.

On diſtingue deux ſortes de ſuites d'un dommage cauſé à quelqu'un; les ſuites naturelles & ordinaires dont le fait de l'auteur du dommage a été la cauſe préciſe, & les ſuites éloignées & extraordinaires que quelques conjonctures ont liées avec le dommage principal, & qui ont leurs ſources dans la ſituation particuliere des affaires de celui qui a reçu le dommage.

Ces ſuites extraordinaires & imprévues ne doivent être imputées à l'auteur du dommage, que lorſqu'il l'a cauſé par une malice & une mauvaiſe foi qui renferment la

volonté de tout le mal qui en peut arriver, & non lorsqu'il nè l'a causé que par une de ces fautes qui ne supposent pas de mauvaise foi ni de dessein de nuire, & où l'on n'a nullement envisagé toutes les suites fâcheuses de son imprudence (*a*).

618. Nous ne sommes pas seulement responsables de nos propres fautes, mais encore de celles qui ont été commises par nos domestiques ou nos Commis, dans l'étendue & l'exercice des fonctions auxquelles nous les avons préposés (*b*).

Tous ceux qui ont été complices du dommage, sont tenus solidairement de la réparation (*c*); & l'on appelle complices ceux qui y ont tellement participé, que sans leur secours & leur influence, il n'auroit point été commis.

619. Le dommage tombe ou sur la personne, ou sur l'honneur, ou sur les biens de celui qui le souffre.

Sur sa personne, si l'on attente à sa vie, à ses membres, à sa pudicité, à sa liberté.

Le Chirurgien, qui par une impéritie inexcusable de son art estropie celui qu'il auroit dû guérir, & le met hors d'état de gagner sa vie,

(*a*) Voyez Domat, des Loix civil. au discours prél. sur le titre des dommages & intérêts.

(*b*) Arrêt du 18. Juil. 1698. Voy. Mornac *ad leg. 9. Cod. de assessorib.* Coquille, sur Niver. ch. 29. art. 2.

(*c*) Coquill. quest. 262. Faber, Cod. l. 7. tit. 21. *de fine* 1. note 1.

doit être condamné à lui payer une pension.

On répare l'homicide autant qu'il le peut être par les intérêts civils qu'on paye à la veuve, aux enfans ; ou aux autres parèns du mort ; ces intérêts doivent être proportionnés à la qualité des Parties, & aux espérances qu'ils pouvoient fonder sur la vie du mort.

On blesse l'honneur par les injures : on commet une injure en trois manieres, par des discours offensans, par des écrits injurieux, par des coups de main.

On la répare par des satisfactions, par des amendes pécuniaires, ou même par de plus grandes peines, suivant les circonstances qui peuvent aggraver l'injure.

620. La réparation des offenses entre Gentilshommes & gens de Guerre est réglée par les Ordonnances (*a*), qui portent que celui qui aura offensé sans sujet par paroles injurieuses, comme celles de sot, lâche, traître & autres semblables, sera condamné à six mois de prison, & à demander pardon avant d'y entrer à l'offensé, au cas que celui-ci n'ait pas répliqué par inju-

(*a*) Edit de 1723.

res pareilles ou plus fortes, pour lesquelles il doit être condamné lui-même à trois mois de prison.

2°. Que les démentis ou menaces de coups de main, ou de bâton, par paroles ou par gestes, seront punis pour deux ans de prison, & que l'aggresseur avant que d'y entrer demandera pardon à l'offensé.

Enfin, que celui qui en aura frappé un autre, dans quelque cas ou circonstances que ce soit, sera puni par dégradation des Armes & de Noblesse personnelle, & quinze ans de prison, quand il n'auroit même fait que repousser les démentis & menaces de coups, par coups de main ou de bâton.

621. La Déclaration du mois de Décembre 1704, régle la réparation des injures commises par les gens de Robe.

Elle porte que les paroles injurieuses, comme celles de sot, lâche, traitre & autres semblables, seront punies de deux mois de prison; les démentis & menaces de coups de mains & de bâton, de quatre mois; les soufflets & coups de main, de deux ans; les coups de bâton donnés dans une querel-

le, de quatre ans; ceux donnés par devant de dessein prémédité, par surprise ou avec avantage, de quinze ans de prison, & ceux donnés par derriere, de vingt années. Et dans tous ces cas, l'aggresseur doit demander pardon à l'offensé dans les termes les plus capables de le satisfaire.

622. L'action d'injure se prescrit lorsqu'on a pardonné ou expressément ou tacitement (*a*), ou lorsqu'on a laissé passer une année sans rendre plainte (*b*).

623. L'adultere qui viole les engagemens les plus sacrés du mariage, est puni séverement par les loix.

La femme qui en est convaincue perd ses conventions matrimoniales & sa dot (*c*), qui est adjugée au mari lorsqu'il n'y a point d'enfans du mariage; outre cela elle doit être enfermée dans un Couvent, pour y rester jusqu'à la mort de son mari (*d*), s'il ne l'en retire pour la reprendre.

Celui qui par la séduction a ôté l'honneur à une fille, doit être condamné envers elle en des intérêts civils, toujours très-considérables, proportion-

(*a*) *Leg.* 11. *de injur.* §. *ult. Inst. eodem.*

(*b*) *Leg.* 5. *Cod. eodem.*

(*c*) Renn. du douaire, ch. 12. n. 6. & suiv. Arrêt du 5. Oct. 1637.

(*d*) Nov. 134. ch. 10. *auth. sed hodie Cod. ad Leg. Jul. de adult.* Arrêt du 5. Oct. 1637.

proportionnellement à la condition des Parties.

Celui qui a détruit, gâté ou endommagé directement ou indirectement la chose qui nous appartient, est tenu de nous en désintéresser ; c'est sur cette regle qu'est fondée la disposition des articles 156, 157. & suivans de la coûtume d'Orléans.

S'il l'a prise ou volée, s'il s'en est servi sans notre consentement, il en doit la restitution avec tous les dommages & intérêts ; car on ne parle point ici des peines publiques, que peut mériter le vol par l'offense faite à la société, dont il trouble l'ordre d'une maniere dangereuse : ces peines regardent le droit public.

TITRE VINGT-NEUVIEME.

Des exceptions.

624. ON a traité jusqu'ici des actions, mais pour les bien connoître, il est nécessaire encore de parler des exceptions qu'on

peut oppoſer aux actions pour en parer l'effet.

SECTION PREMIERE.

Des exceptions en général.

625. CElui contre lequel une action eſt intentée en Juſtice, doit ou acquieſcer à la demande, ou propoſer les moyens qu'il peut avoir de s'en défendre; il le fait ou en niant le fondement de l'action, ce qui s'appelle défenſe, ou en y oppoſant une exception.

Les défenſes ſont les moyens qu'a le défendeur, pour faire voir que la demande formée contre lui n'eſt pas fondée.

(a) *Inſtit. de except. & vinn. hic.* Les exceptions (*a*) ſont les moyens que le défendeur peut avoir pour montrer que quoique la demande puiſſe être fondée en elle-même, néanmoins elle ne procede pas contre lui.

Dans notre droit, on en diſtingue trois ſortes; les exceptions déclinatoires, dilatoires & péremptoires.

625. L'exception déclinatoire eſt

celle par laquelle le défendeur décline la Jurisdiction d'un Juge devant qui il est assigné, & lui demande à être renvoyé devant un autre Juge.

Cette exception doit être proposée avant de fournir de défenses ; car s'il les avoit données, il auroit reconnu la Jurisdiction, & par-là ne seroit plus recevable à demander son renvoi.

626. Les exceptions dilatoires sont celles par lesquelles on demande un délai avant d'être obligé de fournir de défenses.

Les exceptions péremptoires sont celles qui empêchent absolument l'effet de la demande, au lieu que les dilatoires ne l'empêchent que pour un tems.

627. Les exceptions dilatoires doivent être fondées sur quelque cause raisonnable.

L'Ordonnance parle de deux de ces exceptions ; la premiere a pour objet les délais pour délibérer ; la seconde les délais pour amener garant.

Comme la qualité d'héritier oblige à toutes les dettes du défunt, c'est avec raison que la loi accorde

à l'héritier présomptif un délai pour délibérer s'il prendra ou non la qualité d'héritier : il a donc trois mois pour faire Inventaire, & quarante jours après l'Inventaire pour délibérer s'il acceptera (*a*).

(a) Ord. de 1667. titre des exceptions dilatoires.

L'Inventaire est une description exacte de tous les meubles & des titres & papiers de la succession.

Si les biens étoient si considérables que l'Inventaire ne pût être fait dans les trois mois, l'héritier présomptif pourroit demander un délai plus long.

La veuve & les héritiers de la femme ont les mêmes délais pour accepter ou renoncer à la communauté; car il est juste qu'ils en connoissent les forces avant de faire leur option.

La garantie (*b*) est l'action que le défendeur a contre un tiers, pour l'indemniser en tout ou en partie des condamnations qui pourroient intervenir contre lui; ce tiers est celui que l'Ordonnance appelle *garant*.

(b) Ord. de 1667. titre des garans.

Les garans doivent être assignés devant le Juge au Tribunal duquel est portée la demande originaire (*c*); mais si le garant est privilégié,

(c) Leg. 49. D. de indic.

Il pourra demander son renvoi.

Dans la garantie simple, les garans ne peuvent prendre le fait & cause, mais seulement intervenir, si bon leur semble; leur engagement est d'indemniser celui dont ils sont garans de son obligation.

Il y a plusieurs autres exceptions dilatoires: ainsi lorsque la demande est fondée sur des titres, le défendeur peut demander la communication des originaux des titres.

Ainsi le tiers détenteur assigné en action hypothécaire & la caution peuvent demander (a) que le créancier soit tenu de discuter le débiteur principal avant d'agir contre eux: c'est ce qu'on appelle l'exception de discussion, qui est dilatoire, mais qui peut aussi devenir peremptoire, si les biens qu'on discute se trouvent suffire au payement du créancier, tant en principal, qu'en intérêts & frais.

(a) Nov. 4.

628. Les exceptions peremptoires sont de deux sortes; les unes qui empêchent l'effet de la demande, sans anéantir l'action, comme les nullités de l'Exploit & les fins de non-recevoir; les autres, qui anéantissent l'action, qui militoit

auparavant, comme la restitution en entier, & la prescription dont on parlera bien-tôt.

629. Les nullités de l'Exploit doivent être proposées avant les défenses, & avant même aucune exception ; sinon elles sont couvertes, & le défendeur n'est plus recevable à en faire usage.

L'exploit d'assignation est nul, lorsqu'on n'y a pas observé les formalités prescrites par l'Ordonnance pour sa validité ; ainsi cette exception n'a pas l'effet de rendre nul le droit du demandeur, mais seulement de rendre sa demande & l'assignation nulle ; elle ne lui servira donc de rien, ni pour interrompre la prescription, ni pour constituer le défendeur en demeure, ni pour pouvoir continuer sa procédure contre lui : mais il pourra, en abandonnant sa premiere demande, en former une nouvelle sur la même action ; à moins qu'il ne s'agît de ces actions où tout est de rigueur, & qu'il n'est pas permis de recommencer deux fois, comme l'action de retrait lignager (*a*).

630. Les fins de non-recevoir sont encore des exceptions péremp-

(*a*) Voyez ci-dessus, titre du re-[trai]t lign.

toires de la premiere eſpece ; ce ſont celles, où l'on oppoſe au demandeur, qu'il n'eſt pas recevable en ſa demande, par des cauſes qui lui ſont perſonnelles : ces cauſes ſont pour l'ordinaire, ou qu'il n'a point d'intérêt, ou qu'il n'a point de qualité, où l'un & l'autre enſemble.

Les fins de non-recevoir different des nullités de l'Exploit, en ce que ces dernieres n'empêchent pas au moins de former une ſeconde demande, mais les fins de non-recevoir l'empêchent tant que celui qui agit eſt dans la même ſituation.

Ainſi ſi un héritier préſomptif, après avoir renoncé, donne action pour raiſon des biens de la ſucceſſion, on l'en fera débouter, en lui oppoſant qu'il n'a plus ni intérêt, ni qualité.

Si une femme mariée intente ſeule, & ſans ſon mari, l'action pour raiſon même de ſes propres, on fera tomber ſa demande en lui oppoſant l'incapacité où eſt la femme mariée d'eſter en Jugement, ſans être autoriſée par ſon mari.

Si le mineur héritier de ſon tuteur qui avoit vendu avec garantie

ses biens pendant sa minorité les revendique, quelque nulle que soit cette vente, l'acquéreur lui opposera qu'il n'est pas recevable à revendiquer, parce qu'il est garant (*a*) lui-même de l'éviction comme héritier du vendeur.

(*a*) *Passim, tit. D. de except. rei vend. & trad.*

Ainsi encore si Titius, propriétaire de la Maison voisine de celle que je possédois, s'étoit obligé de me donner une vue sur sa Maison, & que j'aie été évincé de la mienne, je ne pourrai (*b*) plus agir contre lui pour l'obliger d'exécuter sa promesse, parce que n'étant plus propriétaire de la Maison, pour laquelle j'avois stipulé une vue, je n'ai plus d'intérêt à la demander.

(*b*) *Leg.* 11. *D. de serv.*

Les exceptions péremptoires sont donc fondées, ou sur le défaut d'intérêt, ou sur le défaut de qualité, ou enfin sur toutes les autres causes, qui peuvent rendre le demandeur personnellement non-recevable à former la demande; soit qu'au fond il fût fondé ou non; telle est, par exemple, l'exception appellée *beneficium competentiæ*, que le donateur réduit au besoin, & à la nécessité, a droit d'opposer (*c*) à l'action du donataire pour l'ac-

(*c*) *Leg.* 19. §. 1. *Leg.* 30. *Leg.* 41. §. 2. *D. de re indic.*

complissement de la donation.

Il faut présentement passer aux exceptions péremptoires de la seconde espece, qui sont la prescription & la restitution en entier.

SECTION SECONDE.

De la prescription & de la restitution en entier.

631. LA restitution en entier est un bénéfice accordé par des Lettres du Prince, en vertu duquel celui qui a contracté peut obtenir du Juge d'être mis au même état qu'il étoit avant le contrat ; s'il a des raisons légitimes de le demander.

Les causes de la restitution sont différentes à l'égard des majeurs & des mineurs.

Quant aux mineurs, lorsque celui qui a contracté avec eux a profité de la foiblesse de leur âge, ils doivent se pourvoir dans la trente-cinquieme année de leur âge contre les contrats qu'ils ont passés ; & à cet effet obtenir en petite Chancellerie des Lettres, les faire signi-

fier & former en conséquence la demande dans le tems fatal, sinon ils n'y sont plus recevables.

L'Ordonnance de 1539. veut même qu'ils se pourvoyent dans le même tems contre des actes nuls qu'ils auroient passés, si la nullité n'a point d'autre cause que leur minorité.

632. Les majeurs ne peuvent se faire restituer sur le fondement de la lésion, si ce n'est dans le contrat de vente, lorsque le vendeur est lésé de plus de moitié (a) du juste prix, où dans le cas d'un partage, lorsqu'il y a lésion du tiers au quart : mais dans le cas de vente, les acquéreurs peuvent empêcher l'effet de la restitution, en fournissant le supplément du juste prix ; & l'on devroit décider la même chose dans le cas du partage.

(a) Leg. 2. Cod. de resc. vend.

Il faut observer que lorsqu'il est question de transaction, aucune lésion ne peut donner lieu à la restitution (b).

(b) Ord. de 1563.

La transaction est une convention faite entre deux Parties (c), pour terminer ou prévenir quelques Procès, auxquels les droits respectifs des Parties pouvoient donner lieu.

(c) Leg. 1. D. de transf.

633. Les causes de restitution pour les majeurs sont la violence dont on auroit usé pour forcer quelqu'un à donner son consentement; la crainte, lorsqu'elle (*a*) est telle qu'elle soit capable de faire impression sur l'esprit d'un homme constant; le dol, qui est une manoeuvre (*b*) pratiquée pour tromper celui qui contracte; enfin l'erreur, c'est-à-dire, l'ignorance des faits qui pouvoient empêcher de contracter: car l'erreur de droit, ou l'ignorance des loix ne peut servir de fondement à la restitution parce qu'on ne doit pas les ignorer (*c*).

Celui qui peut se faire restituer est obligé de se pourvoir suivant l'Ordonnance de 1519. dans les dix ans du jour du contrat: mais ce tems fatal ne doit commencer à courir que du jour que la cause de la restitution a cessé; ainsi tant que la violence ou la crainte dure, tant que la fraude n'est point découverte, cette prescription des dix ans ne court point.

(*a*) Leg. 6. D. quod met. caus.

(*b*) Leg. 1. §. 2. D. de dol. mal.

(*c*) Leg. 12. Cod. de Jur. & fact. ignor.

De la prescription.

634. Il y a deux sortes de prescriptions, l'une contre les actions

réelles, l'autre contre les actions personnelles.

La premiere est la prescription à l'effet d'acquérir; l'autre la prescription à l'effet de libérer.

La premiere n'est pas seulement une exception, elle devient une maniere d'acquérir la propriété par l'effet que donne la loi à la possession continuée; pendant le tems qu'elle a déterminé (*a*).

(*a*) *Instit. de usu cap.*

La seconde est une exception perpétuelle & péremptoire, que la loi accorde à tous défendeurs contre l'action du demandeur, qui ne l'a point intentée pendant le tems déterminée par la loi.

Il faut parler d'abord de la premiere.

De la prescription pour acquérir.

635. La loi naturelle nous apprend qu'une ancienne possession doit être respectée, qu'il convient à l'état des hommes, & à la nature de la société, qu'on ne puisse les troubler dans la possession des choses dont ils ont joui paisiblement pendant un tems immémorial; que cette jouissance fait naturellement présumer en faveur du possesseur

un titre qui s'eſt perdu, parce qu'il eſt naturel de penſer que ſi quelque autre en eût été propriétaire, il n'eût pas négligé ſon droit pendant ſi long-tems; il eſt donc cenſé l'avoir abandonné.

L'intérêt de la ſociété & le but de l'établiſſement de la propriété exige qu'il y renonce de bonne grace, quand même il n'auroit pas eu l'intention de l'abandonner; d'ailleurs cette renonciation eſt une peine & une ſuite naturelle de ſa longue négligence (*a*)

Ainſi la preſcription priſe en elle-même eſt du droit naturel; mais la détermination & la fixation préciſe du tems, dans lequel elle doit s'opérer, & la tranſlation de la propriété qui ſe fait par autorité de la loi Civile, en vertu de la ſeule poſſeſſion pendant le tems marqué, eſt du droit Civil.

(*a*) Voyez Groſſius, *de Jure belli & pacis, lib.* 2. Puffendorf, l. 4. ch. 12. & les notes de Barbéir. ſur la p. 9.

Il faut voir quelles choſes peuvent être preſcrites, contre quelles perſonnes on peut preſcrire, & quelles ſont les conditions néceſſaires pour opérer la preſcription.

636. Toutes les choſes qui ſont inaliénables par leur nature, ou par la diſpoſition de loix, ſont auſſi

imprescriptibles, puisque la prescription renferme une aliénation: telles sont les choses publiques (a), comme les grands chemins, les rivieres navigables, les remparts & fossés des Villes, & les biens qui sont du Domaine de la Couronne (b).

(a) *Leg. 9. Leg. fin. D. de usu cap.*

(b) Edit de 1539. Lebret, de la Souver. l. 3. ch. 1. Loisel, des prescript. regle 16.

Il semble qu'il en faudroit dire de même des Biens Ecclésiastiques, mais cela n'est vrai que de ceux que nous regardons comme tels par leur nature: telles sont par exemple les dixmes Ecclésiastiques, qui se payant en vertu d'une obligation imposée par Jesus-Christ aux Fideles, de fournir ce qui est nécessaire pour la subsistance des Ministres des Autels, & en reconnoissance du souverain domaine de Dieu, sur tous les biens dont il a donné si libéralement l'usage à ses Créatures, deviennent un devoir contre lequel on ne peut jamais prescrire.

637. De-là il suit que la dixme ne peut pas même être prescrite pour partie; ainsi lorsqu'il paroît par des titres que la dixme est dûe à une certaine quotité, le payement fait pendant quelque nombre d'années que ce soit, à une moin-

tre quotité, n'acquiert point de prescription: ce n'est que lorsqu'il n'y a point de titres qui regle la quotité, que la possession & la prescription qui en résulte, est considérée; & c'est en ce sens que l'on dit communément, que l'usage & la possession doivent servir de regle pour la maniere de percevoir la dixme; cette distinction est autorisée par les Arrêts de la Cour (*a*).

Par la même raison, l'espece de la dixme ne sauroit être changée, par une prescription qui seroit contraires aux titres; car alors la dixme seroit entierement éteinte, puisqu'étant une certaine partie des fruits, elle consiste dans l'espece même.

(*a*) Henris l. 1. ch. 3. Mainard, questions notables, *valla de reb. dub.* Héricourt, Loix Eccl. ch. des dîmes.

Mais si la possession, quoique contraire aux titres originaires, étoit fortifiée par d'autres titres qui fissent juger qu'il y eût eu quelque composition, ou transaction, alors le concours des titres & de l'usage, l'emporteroit sur les titres contraires qui établissent l'espece, & ce qui ne seroit pas valable par le seul abonnement, ou par le seul laps de tems est hors de toute, quand il est assisté du concours des deux.

Ce n'eſt que par cette diſtinction qu'on peut concilier les Arrêts qui paroiſſent oppoſés, & en former une Juriſprudence certaine.

638. Les dixmes inféodées, quant à la preſcription, jouiſſent de tous les privilèges des dixmes Eccléſiaſtiques.

Elles ont toujours une aptitude, & une diſpoſition prochaine à retourner à l'Egliſe; d'ailleurs, elles ſont un Droit Seigneurial : or les Droits Seigneuriaux ne ſe preſcrivent point au moins pour l'eſpece, comme on verra dans la ſuite.

639. Les droits réels ſur les héritages peuvent être preſcrits comme les héritages mêmes : on peut les acquérir par preſcription en trois manieres; la premiere, lorſqu'un tiers s'eſt mis en poſſeſſion d'un droit réel, d'un droit de champart, par exemple qui m'appartenoit ſur le fonds d'un autre, & qu'il en a joui.

La ſeconde, lorſque j'ai perçu pendant trente ans un droit de champart ſur un fonds, qui en étoit auparavant exempt.

La troiſiéme, lorſque le propriétaire d'un héritage ſujet au droit de

de champart, a joui de son héritage librement pendant trente ans, sans que j'aie perçu pendant tout ce tems le champart qui m'étoit dû; ce détempteur, en acquérant la libération du champart, a acquis la partie de la propriété qui lui manquoit.

Les dixmes, & la mouvance féodale & censuelle, ne peuvent être prescrites de la troisieme maniere; les servitudes & les droits de corvées & de banalité ne peuvent l'être de la seconde: on regarde en effet les servitudes, comme de pures tolérances de la part du propriétaire de l'héritage qui y est sujet, tant qu'elles ne sont point fondées sur un titre précis.

Les rentes, soit foncieres, soit constituées, peuvent être acquises aussi par la prescription; je puis donc acquérir par la prescription, ou une rente qui existoit déjà, & étoit dûe à un autre, lorsque le débiteur me l'a payée pendant trente ans, comme étant la même rente que celle qui avoit été constituée à cet autre, & que j'en rapporte soit des reconnoissances, soit des actes équipollens; je puis aussi

acquérir une rente, qui n'existoit point auparavant, lorsqu'on m'a payé annuellement pendant trente ans une somme d'argent, comme les arrérages d'une rente perpétuelle qu'on supposoit être constituée à mon profit, quoiqu'il n'y en eût jamais eu de constitution.

640. La loi défendant l'aliénation des biens immeubles des mineurs, c'est une suite que la prescription ne court point contre eux, ni par la même raison, contre les interdits.

Suivant les loix Romaines, la prescription couroit à la vérité contre les mineurs, qui avoient passé l'âge de puberté : mais ils avoient le bénéfice de la restitution contre cette prescription qu'ils avoient laissé acquérir pendant leur minorité.

En France, la minorité suspend la prescription, qui recommence à courir contre le mineur, dès qu'il a atteint l'âge de vingt-cinq ans.

641. Dans les choses possédées indivisément, & en commun, par un majeur & un mineur ; le mineur ne releve le majeur, que lorsqu'elles sont indivisibles, & l'on doit entendre par choses communes &

indivisibles, non-seulement celles qui sont naturellement indivisibles comme les servitudes, mais encore toutes celles où l'intérêt se trouve tellement uni, qu'aucun des copropriétaires ne peut recevoir de perte, ni de profit, qu'ils ne retombent sur l'autre, comme dans un partage, contre lequel le mineur ne peut être restitué, sans que le partage devienne nul pour tous les autres copartageans.

Contre qui peut-on prescrire ?

642. La loi n'a voulu priver de la propriété de leurs biens par la prescription, que ceux qui pourroient s'imputer de n'avoir point agi pendant le tems qu'elle a fixé.

Elle ne court donc point contre ceux qui n'ont pu agir : encore moins contre ceux dont l'action n'étoit point ouverte : telle est l'action en garantie, avant le trouble ; celle du substitué, avant l'échéance de la substitution ; celle du légitimaire, avant l'ouverture de la succession ; celle des douairiers, avant l'ouverture du douaire.

On regarde aussi la femme comme hors d'état d'agir pendant le

mariage, lorſque ſon action réfléchit contre ſon mari, parce qu'il eſt contraire à la bienſéance qu'elle intente une pareille action.

Conditions requiſes pour la preſcription.

643. Reſte à voir les conditions que la loi requiert pour la preſcription.

La poſſeſſion eſt le fondement de la preſcription, & pour opérer la preſcription, elle doit être : 1°. faite *animo Domini.*

2°. Acquiſe & exercée ſans violence.

3°. Franchement & publiquement.

4°. Elle doit être paiſible & continue ſans interruption.

644. Il faut donc : 1°. Que le poſſeſſeur ait joui à titre de propriétaire & comme étant maître ; ainſi ceux dont (*a*) la poſſeſſion eſt une reconnoiſſance que la choſe appartient à un autre, le font poſſéder en quelque ſorte par leur miniſtere, & il eſt clair qu'ils ne peuvent ſe ſervir, pour éteindre ſon droit, de leur poſſeſſion même qui le conſerve.

(*a*) *Leg.* 13. *D. de uſu cap.*

De-là il ſuit que celui qui a été

originairement fermier, emphitéote, dépositaire ou nanti de gage, usufruitier ou possesseur précaire, le Seigneur dominant qui a joui en vertu d'une saisie féodale, & ses héritiers, de toutes ces personnes, ne peuvent jamais acquérir la prescription, quand ils auroient joui pendant cent ans & plus; car ils ont commencé par jouir, comme n'étant pas maîtres; & personne ne pouvant de soi-même changer la cause de sa possession, ils sont censés avoir toujours continué de jouir en la même qualité, s'ils ne rapportent un nouveau titre, en vertu duquel leur possession ait changé de nature, passé au vu & su du propriétaire, & où ils aient fait des actes qui ne pouvoient convenir qu'à des propriétaires.

645. C'est par la même raison que le Vassal ne peut prescrire la foi contre son Seigneur, quelque tems qu'il ait joui (*a*) quand ce seroit même plus de cent ans; ni le censitaire prescrire contre le Seigneur de censive, quand il y a titre ancien & reconnoissance; car le Vassal & le Censitaire étant des especes d'emphitéotes ou d'usufrui-

(*a*) Paris, art. 124. Loisel, des prescript. regle 25.

tiers perpétuels, qui par l'origine & la qualité de leur possession reconnoissent un Seigneur, ils ne sont pas censées, à son égard, possédées *animo Domini.*

De-là il suit que les droits censuels & autres droits Seigneuriaux peuvent bien se prescrire pour les arrérages qui en sont échus, mais non pas pour la redevance à laquelle la Seigneurie directe est attachée, & qui se paye en reconnoissance de cette Seigneurie: mais les droits même Seigneuriaux auxquels la mouvance & la Seigneurie directe n'est pas essentiellement attachée, peuvent se prescrire.

Ainsi le Vassal pourroit prescrire contre son Seigneur le droit d'exiger des profits aux mutations, si la possession où il auroit été d'être exempt d'en payer, étoit marquée bien clairement par des reconnoissances, ou par d'autres actes.

Quand un héritage a été aliéné pour dix livres de cens & rente fonciere, la rente alors ne pouvant être distinguée du cens devient Seigneuriale & imprescriptible.

Si les droits Seigneuriaux ne peuvent se prescrire pour le total ils le

peuvent au moins pour la quotité ; la raison en est que la Seigneurie directe se conserve, & est aussi bien reconnue par deux sols que par quatre sols de cens.

Mais pour que le censitaire acquiert cette prescription, il faut qu'il ait payé également & continuement pendant trente ans cette moindre quotité, comme étant la redevance entiere (*a*).

(*a*) Dum. en sa note.

Il n'en est pas de la quotité du cens, comme de l'espece qui doit être imprescriptible, puisque l'espece est le fonds même de la redevance (*b*).

(*b*) Arrêt du 12. Mai 1581. qui l'a ainsi jugé.

646. La clandestinité de la possession n'est pas moins un obstacle à la prescription que la violence.

De-là vient, suivant l'article 253 de la coûtume d'Orléans, que les fouillemens en terre, grattemens & démolitions des murailles, & autres œuvres faites clandestinement par l'un des voisins à l'insçu de l'autre, n'attribuent jamais droit de possession à celui qui a fait lesdites entreprises.

De même le tiers acquéreur d'un héritage hypothéqué au créancier de son vendeur, n'acquiert point

la prescription contre l'hypotheque, lorsque le vendeur est toujours demeuré en possession, soit par rélocation ou rétention d'usufruit, parce que le créancier n'ayant pu avoir connoissance de cette possession, n'a pû agir.

647. L'interruption de la possession, empêche aussi qu'elle ne puisse opérer la prescription.

Il y a deux sortes d'interruption; l'interruption naturelle, ou de fait, & l'interruption civile, ou de droit.

L'interruption de fait, est lorsqu'on dépouille réellement le possesseur, & cette interruption ne met un obstacle à la prescription, que lorsque le possesseur n'a pas réclamé dans l'an & jour de l'interruption (*a*): s'il avoit été dépossédé par violence ou clandestinement, ou si celui qui le trouble n'avoit qu'une possession précaire, ce n'est que du jour que ces vices cessent, que l'an & jour commence à courir.

(*a*) Dans nos mœurs, *contra Leg. 5. D. de usu cap. Leg. 39. D. de acquir. poss.*

L'interruption civile ou de droit est celle qui se fait par l'interpellation judiciaire; cette interpellation doit être une demande donnée en Justice & libellée; une sommation ou

ou un commandement ne suffiroit pas, quand même il seroit libellé, c'est-à-dire qu'il contiendroit les moyens du demandeur; l'ajournement même ne serviroit de rien, si on le laissoit périmer par la discontinuation de la procédure pendant trois ans.

L'interruption naturelle sert à tous ceux qui prétendent avoir droit à la chose; l'interruption civile ne sert qu'à celui qui la fait pour la conservation de son droit; proprement même l'interruption, qu'on appelle civile, n'interrompt pas la possession, mais elle constitue le possesseur en mauvaise foi; elle le met en demeure de restituer, & par-là le charge des dommages & intérêts qui résultent de sa demeure: or ces dommages consistent en ce que par sa demeure la prescription, dont le tems ne devoit point être accompli, l'a été; le possesseur doit donc mettre le propriétaire dans le même état que si elle ne l'avoit point été, & il ne peut s'en servir contre lui: mais si la demande vient à être périmée, étant regardée comme non avenue, elle ne peut produire aucun effet.

648. Pour la continuité de la possession, il n'est pas nécessaire que ce soit la même personne qui ait possédé; la possession du défunt se continue en la personne de l'héritier, qui ne peut (a) même en comencer une de son chef; car il n'a point d'autre titre que le défunt qu'il représente.

Il n'en est pas de même de ceux qui ont un autre titre en leur faveur; ils peuvent joindre (b) leur possession à celle de leurs auteurs, s'ils y trouvent de l'avantage, sinon ils peuvent (c) en commencer une de leur chef.

Le tems en est différent, suivant la nature des biens & la faveur que mérite le possesseur.

Selon les loix Romaines, les meubles se preserivoient par trois ans, lorsqu'ils n'avoient pas été volés, & que le possesseur les avoit acquis avec bonne foi : mais on doute dans nos moeurs, si le même tems n'est pas requis pour la prescription des meubles que pour celle des immeubles; l'opinion la plus autorisée est qu'il ne faut que trois ans.

649. A l'égard des immeubles, il faut consulter la faveur du posses-

(a) Leg. 11. D. de duo & temp. Leg. 4. Cod. pro haered. Leg. 4. Cod. de prescript. long. temp. & passim.

(b) Leg. 76. §. 1. D. de contr. empt. Leg. 13. §. 4. 6. 7. 9. 10. & 11. D. de acq. poss. Leg. 6. §. 1. & Leg. 14. §. 2. D. de duo & temp. Leg. 20. §. 20. D. pro empt. &c.

(c) Leg. 5. D. de duo & temp. Leg. 4. Cod. de rei vend. Leg. 3. Cod. de per. & commod. rei vend.

seur ; s'il a titre & bonne foi, il prescrira par dix ans entre présens, & vingt ans entre absens, pourvu que ce ne soit pas contre des privilégiés.

Les privilégiés sont l'Eglise, les Bénéficiers, les Communautés Séculieres & Régulieres, les Corps & Colléges approuvés par l'Etat, & autorisés par Lettres-Patentes enregistrées au Parlement.

La prescription ne s'acquiert contre ces privilégies, que par quarante ans, quelque titre & quelque bonne foi que l'on puisse avoir ; il faut même déduire de ces quarante années, le tems de la vacance du Siége, & celui qui a couru pendant la vie du Titulaire aliénateur, durant lesquels l'Eglise étoit censée ne pouvoir agir (*a*).

(*a*) Louet, let. R. n. 1.

Quand l'Eglise est subrogée aux droits d'un Laïc, contre lequel la prescription avoit commencé, elle n'use de son privilége, que pour le tems qui reste à écouler de la prescription, & ce tems augmente d'un tiers en sus.

Une personne est dite présente lorsqu'elle demeure dans le même Bailliage, que celui contre lequel elle veut prescrire ; absente, lors-

qu'elle demeure dans un autre.

650. Le titre est la cause de la possession ; il faut que ce soit un acte capable de transférer la propriété, de sorte qu'on puisse se croire propriétaire en conséquence d'un tel acte : tels sont l'échange, la donation, &c.

Il ne suffiroit pas de croire avoir un vrai titre, il faut l'avoir effectivement, & l'on auroit peine à suivre dans nos moeurs la décision du droit Romain (*a*), qui porte que l'opinion d'un juste titre suffit pour la prescription, quand elle est probable & fondée sur des raisons apparentes ; comme, par exemple, si celui que j'avois chargé de m'acheter une Maison, m'avoit assûré qu'il l'avoit achetée, quoiqu'il ne l'eût point fait.

651. La bonne foi consiste dans l'opinion qu'on a d'avoir acquis la chose de celui qui étoit vraiment propriétaire, & dans l'ignorance du droit qu'un autre pouvoit y avoir.

Les loix Romaines n'exigeoient la bonne foi que dans le commencement de la possession (*b*) ; nos moeurs formées sur l'équité du droit Canonique exigent qu'elle dure

(*a*) *Leg.* 11. *D. pro empt.*

(*b*) *Instit. de usu cap. Leg.* 11. *D. de tit.*

pendant tout le tems de la possession : lorsqu'on n'a ni titre, ni bonne foi, on ne peut prescrire que par trente ans.

Il y a même des coûtumes qui n'admettent point d'autre prescription que celle de trente ans, comme Orléans, Bourbonnois, &c. soit qu'on ait titre, ou non.

652. Quoique la bonne foi ne paroisse pas nécessaire pour la prescription de trente ans, la plûpart des Auteurs ont pensé qu'une mauvaise foi évidente & notoire y mettoit un obstacle insurmontable ; parce que la loi, disent-ils, n'a jamais dessein d'autoriser la mauvaise foi.

De-là la maxime qu'il vaut mieux n'avoir point de titre, que d'en avoir un vicieux, & qu'on ne prescrit jamais contre son titre qui reclame contre nous ; mais il faut distinguer : un titre peut donc être vicieux en deux manieres.

La premiere, lorsqu'il n'est pas habile par sa nature à transférer la propriété, & l'on a vu ci-dessus qu'un tel titre, dans le principe de la possession, est un obstacle perpétuel à la prescription, à moins

que le possesseur actuel ne prouve qu'il a acquis à titre singulier, & sans connoître le vice du titre originaire de ce premier possesseur, qui n'étoit point censé posséder *animo Domini*.

La seconde, est lorsqu'à la vérité le titre est de sa nature habile à transférer la propriété, comme la vente, la donation, &c. mais qu'il est émané, ou de celui qui n'étoit pas propriétaire, comme un tuteur qui vend le bien de ses mineurs, ou de celui à qui la loi avoit défendu d'aliéner; telle, par exemple, que l'Eglise & les Commnnautés.

Le vice d'un tel titre, lorsqu'il est rapporté; empêche la prescription, quand il s'agit de l'intérêt public, & que la cause de la prohibition étant perpétuelle reclame toujours contre la possession.

C'est pour cela que les Arrêts ont jugé que celui qui a acquis de l'Eglise un fonds, sans les formalités prescrites pour rendre légitime l'aliénation des Biens Ecclésiastiques, & ses succesieurs ne peuvent jamais en acquérir la propriété par la prescription de quelque tems que ce soit, tant que le titre vicieux

paroît ; à moins que ce ne soit un tiers détenteur qui ait acquis avec titre & bonne foi de ce premier possesseur injuste.

Mais lorsqu'il ne s'agit que de l'intérêt des particuliers, & que la cause de la prohibition est privée & passagere, alors la défectuosité du titre, prise en la seconde maniere, n'empêche pas la prescription : ainsi celui qui a acheté d'un tuteur un fonds, que ce tuteur lui a déclaré appartenir à son mineur, en acquiert la propriété par prescription s'il en jouit pendant trente ans, à compter du jour que le mineur aura atteint l'âge de majorité, & que la cause de la prohibition, qui étoit la minorité, aura cessé.

Il est donc vrai que dans ce cas, ainsi que dans plusieurs autres, on prescrit contre son titre ; celui qui prescrit la libération d'une rente, dont il a reconnu que son héritage étoit chargé, prescrit encore contre son titre.

Cette maxime est fondée sur ce que l'intérêt de la société exige que toutes les actions s'éteignent après trente ans, si un intérêt public, plus puissant, n'arrête cette pres-

cription (a) ; ici la prescription pour libérer, vient au secours de la prescription pour acquérir.

653. Dumoulin donne de grands avantages à sa possession centenaire; il soûtient qu'elle supplée parfaitement le titre, & en couvre toutes les défectuosités, de sorte qu'elle a toujours lieu si la loi ne l'a formellement excluse.

(a) Leg. ult. Cod. unde vi. Voyez Salvaing, de l'usage des fiefs, ch. 93. Dargentré, sur l'art. 166. de la Coût. de Bretagne.

De la prescription à l'effet de libérer.

654. Après avoir traité de la prescription à l'effet d'acquérir, il faut passer à la prescription à fin de libérer; l'effet de cette prescription est d'acquérir la libération contre toutes les actions réelles & personnelles, qui procédoient contre nous, mais qui n'ont pas été intentées, dans le tems marqué par la loi.

La prescription contre les actions réelles acquiert la libération de toutes les charges réelles des héritages, aux mêmes titres, sous les mêmes conditions, & par le même tems que la prescription pour acquérir (b).

(b) Coût. de Paris, art. 114.

On peut dire même que ces deux sortes de prescriptions se confondent ici, en ce que les charges

elles, étant une partie de la propriété de l'héritage qui y est sujet, le possesseur en acquérant la libération de la charge, acquiert en même tems la partie de la propriété qui lui manquoit.

655. Le débiteur acquiert la libération contre toutes les actions personnelles qui procédoient contre lui, lorsque le créancier a laissé passer trente ans sans en faire la demande.

Il interrompt donc la prescription, ou par l'Exploit d'assignation, ou même par un simple commandement, lorsqu'il a un titre exécutoire ; car il est plus fort encore de se pourvoir par voie d'exécution que par voie d'action.

Le débiteur d'une rente ne prescrit point contre la rente, tant qu'il continue d'en payer les arrérages : mais comme il seroit souvent difficile au créancier d'avoir la preuve de la prestation de ces arrérages, on a établi une autre voie qui a le même effet ; c'est d'obliger le débiteur à lui fournir une reconnoissance de la rente.

A l'égard des tiers détenteurs, le créancier, pour interrompre la prescription, est aussi en droit de leur de-

mander une reconnoiſſance, ou déclaration d'hypotheque de la rente.

656. L'équité ne permet pas que ſa preſcription pour libérer puiſſe courir davantage contre ceux qui ne peuvent agir, que ſa preſcription pour acquérir : on ne peut donc l'oppoſer aux mineurs, elle ne court contre ceux qui ont donné terme, que du jour de l'échéance du terme ; en un mot, ce n'eſt que du moment auquel l'action eſt ouverte, que la preſcription commence à courir.

On ne peut oppoſer à l'Egliſe que la preſcripiion de quarante ans, lorſqu'il s'agit des fonds & droits réels, qui lui appartiennent : il en eſt autrement des fruits & des revenus caſuels, qui peuvent lui être dûs, dont l'action ſe preſcrit par trente ans (a).

657. Il y a pluſieurs actions qui ſe preſcrivent, & dont on acquiert la libération par un tems moindre de trente ans ; ainſi l'action en réparation d'une injure verbale ſe preſcrit par un an (b).

Il en eſt de même de l'action en retrait lignager (c), de l'action poſſeſſoire de complainte, & de réintégrande (d).

(a) Louet, let. B. ch. 1.

(b) *Leg. ult. Cod. de injur.*

(c) Paris, art. 129.

(d) Ord.

658. L'action pour les arrérages des rentes constituées se prescrit par cinq ans (*a*), aussi bien que l'action pour le payement des Lettres & Billets de Change (*b*).

659. L'action des Procureurs pour leurs salaires se prescrit par deux ans, à compter du jour du décès de leurs Parties, ou de leur révocation, hors de ces deux cas par six ans (*c*).

Les Avocats & Procureurs sont déchargés de plein droit des sacs des Procès jugés ou terminés après cinq ans, à compter du jour du jugement ou de la transaction, & après dix ans, à compter du jour de leur récépissé, pour les Procès non jugés ni terminés (*d*).

Les Conseillers de la Cour, leurs veuves ou héritiers, ne peuvent être recherchés pour les sacs & pieces des Procès après trois ans, savoir pour les Procès jugés ou terminés, à compter du jour de la date de l'Arrêt ou de la transaction, & pour les Procès non jugés, à compter du jour du décès, ou de la résignation des Officiers (*e*).

A l'égard des Juges ordinaires, ils doivent être déchargés après

de 1667. titre 18. art. 1.

(*a*) Ord. de Louis XII.

(*b*) Ord. de 1673. titre 5. art. 21.

(*c*) Arrêt de Réglem. du 28. Mars 1692.

(*d*) Ord. de 1597.

(*e*) Arrêt de Réglem. du 25. Nov. 1565.

cinq ans, leur condition ne pouvant être moins favorable que celle des Avocats & Procureurs.

660. Dans la prescription de trente ans, pour toutes les actions, le défendeur qui l'oppose n'est point obligé d'affirmer qu'il a payé; la loi n'écoute plus le demandeur, quand il a négligé pendant un si long tems de se faire payer.

Le débiteur d'arrérages d'une rente constituée, qui oppose la prescription de cinq ans, n'est point aussi tenu d'affirmer; car la loi prononce absolument qu'on n'en peut demander que cinq années, sans s'embarrasser s'il en est dû davantage ou non (*a*).

(*a*) Ordonnan. de Louis XII.

661. Par l'article 7. du tit. premier de l'Ordonnance de 1675, l'action des Boulangers, Pâtissiers, Bouchers, Rôtisseurs, Selliers, Bourliers, Coûturiers, & autres vendans des denrées en détail, se prescrit par six mois.

A l'égard des Marchands en gros & en détail, Maçons, Charpentiers, Couvreurs, Serruriers, Vitriers, Cordonniers, Menuisiers, Paveurs, & autres de pareille qualité, ils sont tenus de demander

leur payement après l'année de la délivrance, faute de quoi leur action est prescrite.

Suivant la même Ordonnance, l'année se compte depuis chaque fourniture, & non pas depuis la derniere, quoiqu'il y ait eu continuation de fourniture ou d'ouvrages.

L'Ordonnance ajoûte, si ce n'est qu'avant l'année ou les six mois, il y eût eu compte arrêté, sommation ou interpellation judiciaire, cédule, obligation ou contrat.

Si le défendeur nioit avoir reçu la Marchandise ou l'ouvrage, ce seroit au demandeur à le prouver par écrit, à moins qu'il ne s'agît d'une somme moindre de cent livres.

Le Journal des Marchands ne forme tout au plus par lui-même qu'une présomption & un commencement de preuve par écrit de la fourniture; il est contre la raison qu'on puisse se faire à soi-même des titres de sa propre main contre un autre : cependant dans l'usage ordinaire, quand le Journal est en bonne forme, bien réglé, bien suivi, non suspect, on y ajoûte foi

ſuivant les circonſtances qui peuvent y déterminer la religion des Juges.

Mais lorſque le défendeur convient de la fourniture, & ſoûtient ſeulement avoir payé, la préſomption de la loi eſt pour le demandeur lorſqu'il vient dans l'année, & c'eſt au défendeur à prouver qu'il a payé (a).

662. De toutes les preſcriptions à l'effet de libérer, il n'y a que celle de trente ans, qui ne court point contre les mineurs; la raiſon eſt qu'elle n'eſt fondée que ſur la néceſſité de mettre fin aux Procès, en puniſſant la négligence du créancier: les autres ont encore pour but d'aſſûrer le commerce & d'empêcher la ſurcharge des débiteurs.

663. La maxime commune que ce qui eſt de pure faculté n'eſt point ſujet à la preſcription, parce qu'on peut en uſer quand on veut, doit être limitée aux choſes que nous avons la faculté de faire, ſoit par la liberté naturelle, ſoit par une diſpoſition générale du droit public (b), comme de diſpoſer de notre bien comme bon nous ſemble, d'aller & venir par un chemin public.

(a) Paris, art. 126. Orl. 265.

(b) Henris, t. 1. l. 4. ch. 6. queſt. 86. Balbus, des preſc. p. 433. & ſuiv.

Mais la faculté qui descend d'un contrat ou d'un Jugement, qui ne nous appartiendroit point sans un titre particulier, & qui tend à acquérir une action, ou une exception, se prescrit par trente ans, à moins qu'elle ne fût tellement essentielle au contrat, qu'il ne pût subsister si la faculté accordée par le contrat ne subsistoit aussi : telle est la faculté de retirer en payant la dette, ce qu'on a donné en gage; & telle est aussi par nos moeurs la faculté de racheter les rentes constituées à prix d'argent.

Mais la faculté portée par le contrat de constitution, de racheter la rente à plusieurs & divers payemens, se prescrit par trente ans.

Il en est de même de la faculté indéfiniment stipulée de racheter une rente fonciere, quand même les Parties auroient stipulé dans le bail à rente que cette faculté ne pourroit se prescrire; car il n'est pas au pouvoir des Parties de déroger par leurs conventions à un ordre établi pat le droit public.

664. Les Ordonnances ont réglé en faveur de la décoration des Villes, que la faculté de racheter les

rentes foncieres créées sur les Places & Maisons des Villes & Fauxbourgs seroit imprescriptible : il est vrai qu'elles ont excepté les rentes de cette nature appartenantes aux Ecclésiastiques (*a*).

(*a*) Déclar. de 1569.

Les coûtumes de Paris & d'Orléans exceptent encore celles qui sont les premieres après le cens.

La faculté de Réméré, stipulée même à perpétuité pour un héritage vendu à cette condition, se prescrit par trente ans : la minorité interrompt cette prescription (*b*).

(*b*) Paris, art. 120.

Mais si la faculté de Réméré n'avoit été stipulée par le vendeur, que pour un tems déterminé comme de cinq ans, la minorité de l'héritier du vendeur n'en interromproit point la prescription ; car le droit acquis à l'acquéreur par le contrat de ne pouvoir être obligé que pendant cinq ans à souffrir le retrait de l'héritage par lui acheté, ne lui peut être ôté par la qualité du successeur de celui contre lequel il a acquis ce droit, *cùm hæres defuncti jure uti debeat.*

La faculté d'accepter un don, un legs, une succession, l'action en

en demande d'hérédité se prescrivent par trente ans.

665. Tous crimes, à l'exception du crime de Lese-Majesté au premier chef (*a*) & du crime de Duel (*b*), sont prescrits par l'espace de vingt ans à compter du jour qu'ils ont été commis, quelque procédure & quelque Jugement qu'il y ait eu contre l'accusé : mais si le Jugement par coûtumace avoit été exécuté par effigie, il faut trente ans à compter du jour du Jugement pour mettre le coupable à couvert de la punion de son crime (*c*).

Malgré cette prescription, les condamnations pécuniaires pour amendes, confiscations, réparations civiles prononcées contre l'accusé & exécutées après les cinq ans par la saisie & vente de ses biens, ou par la mise en possession des confiscataires, ne sont point éteintes, ni révoquées.

Il n'est point aussi relevé de la mort civile dans laquelle sa coûtumace l'avoit fait tomber au bout des cinq ans, le tems seul ne pouvant avoir l'effet de rendre la vie civile : après vingt-ans ; l'accusé n'est donc plus recevable à purger

(*a*) Déclar. du 14. Mars 1613.

(*b*) Edit d'Août 1679. art. 35.

(*c*) *Leg. querel. Cod. ad Leg. Cornel. de fals.* Louet, & Brod. let. C. ch. 47. Leprêtre, cent. 2. ch. 8. Journal. des Aud. tome 3. l. 7. ch. 18.

ſa coûtumace, il ne peut plus ſe repréſenter ni faire inſtruire de nouveau ſon Procès, car ne pouvant plus être condamné il eſt clair auſſi qu'il ne peut plus être abſous (*a*).

666. La vérité d'une perſonne, ſon exiſtence, ſon état naturel, les choſes qui lui appartiennent de droit naturel, comme les droits du ſang, de la parenté, de la famille ſont impreſcriptibles : il en eſt de même du mariage qui eſt indiſſoluble & impreſcriptible, quelque tems que les époux aient été dans la poſſeſſion d'un état contraire.

(*a*) Ord. de Moulins, art. 28. Ord. de 1670. titre des coûtumaces, art. 28. J. des Aud. t. 2. l. 7. ch. 20.

Des exceptions, l'ordre naturel nous conduit aux défenſes au fonds.

SECTION TROISIEME.

Des défenſes au fonds.

667. Les moyens de défenſes ſont tirés ou de ce que le demandeur ne prouve pas ce qui fait le fondement de ſon action, ou de ce que l'obligation ſur laquelle il prétend l'appuyer eſt nulle, ou de ce que le défendeur y a ſatisfait, ce qui s'appelle *payement.*

Des défenses fondées sur le défaut de preuves.

668. On distingue trois sortes de preuves : la preuve littérale, qui se tire des écrits ; la preuve vocale, qui se forme de la déposition des témoins, & la preuve, qui se tire de l'aveu de celui de l'obligation duquel il s'agit.

L'aveu de la partie, contre qui une demande est formée, est la preuve la plus forte qu'on puisse rapporter de son obligation, pour se la procurer : l'Ordonnance présente un moyen aux Parties, c'est l'interrogatoire sur faits & articles ; celui qui la subit ne peut en tirer avantage en sa faveur : mais on peut faire valoir contre lui toutes les reconnoissances qu'il peut avoir faites.

L'interrogatoire sur faits & articles vient au secours des autres preuves, & n'est point un obstacle à la preuve testimoniale, dans les cas où elle peut être admise.

On peut rapporter ici la preuve que les loix ont attachée au serment décisoire, c'est-àdire, au ser-

ment qu'une des Parties a déféré à l'autre.

669. On distingue deux sortes d'écritures ; les écritures authentiques, & les écritures privées.

Les écritures authentiques sont celles qui émanent d'un Officier public établi à cet effet, & qui sont revêtues des formalités prescrites par les loix ; elles font foi de plein droit, & ne peuvent être attaquées que par la voie de l'inscription de faux.

Les écritures privées sont celles qui sont faites par les particuliers ; elles ne font foi qu'entre ceux qui les ont écrites, & elles n'ont point de force qu'elles ne soient ou reconnues, ou vérifiées.

Les écritures authentiques, telles que sont les Actes des Notaires & des Greffiers, sont ordinairement confiées à des dépositaires publics, & les dépositaires doivent en donner des expéditions aux Parties.

Ces expéditions font foi de même que les originaux ; lorsque les dépositaires de ces Actes refusent d'en délivrer des expéditions, il faut avoir recours à la voie du compulsoire.

670. L'Ordonnance de 1667, tit. 20, ordonne à tous les Sujets de passer des Actes par écrit de toutes choses qui excédent la somme de cent livres, & défend en conséquence aux Juges d'admettre au-delà la preuve par témoins.

Ainsi en France les conventions ne peuvent être assurées que par l'écriture, & le principe général de cette matiere est que la preuve par témoins doit être admise dans tous les cas, où il n'a pas été au pouvoir des Parties de se ménager une preuve par écrit, & qu'elle ne doit point l'être dans tous ceux où les Parties ont pu avoir une preuve par écrit.

671. De la premiere partie de ce principe, il suit qu'on peut toujours admettre la preuve par témoins des obligations qui naissent d'un crime, d'un délit ou d'une faute; des enlevemens de choses qui nous appartiennent, faits ou frauduleusement, ou à force ouverte; du fait de la possession; de l'interversion de titres; de la suppression des preuves; de l'état d'une personne; de la fausseté d'un contrat; de la violence ou de la fraude alléguée contre un

Acte ; des faits de jeu & d'usure.

Il en est de même du dépôt nécessaire en cas d'Incendie, ruine, tumulte ou naufrage, & des autres conventions faites dans des accidens imprévus ; on peut y joindre les dépôts de hardes & valises faits en logeant dans une Hôtellerie, entre les mains de l'Hôte.

672. La seconde partie du principe fait voir qu'on ne peut admettre la preuve par témoins ; ni des dépôts & des prêts si communs dans la vie civile, ni d'une célébration ou d'une promesse de mariage, ni d'une disposition à cause de mort, ni de la révocation d'un testament, ni de la remise ou d'un payement d'une obligation, ni d'une perte de titres arrivée par la faute de celui qui veut en faire la preuve, ni de la simulation d'un contrat ; parce qu'on pouvoit en prendre une contre-lettre.

Par la même raison, on ne peut recevoir aucune preuve par témoins d'un fait contraire aux dispositions contenues dans un acte de convention, ou qui y ajoûte quelque chose au-delà de ce qui est porté par l'acte, ni enfin de toutes les con-

ventions qu'on pourroit alléguer avoir été faites, ou des choses dites avant, lors, ou après les actes, & qui tendroient ou à les détruire, ou au moins à les changer.

673. Mais la preuve par témoins peut toujours être admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit (*a*).

On entend par un commencement de preuve par écrit, un écrit qui prouve seulement ou un fait préparatif à la convention, ou une partie de la convention sans prouver l'autre, ou quelque suite de la convention.

(*a*) Ord. de 1667. titre 20. art. 3.

En un mot, lorsque le fait prouvé par l'écrit qu'on rapporte, est ordinairement lié avec la convention dont il s'agit, c'est un commencement de preuve par écrit : si la liaison n'étoit pas simplement vraissemblable, mais qu'elle fût absolument nécessaire, ce seroit une preuve complette.

La liaison vraissemblable d'un fait avec un autre, se reconnoît par sa conformité avec la maniere dont l'expérience & le sentiment naturel nous découvrent que les hommes agissent d'ordinaire, c'est-à-dire de

la façon qui s'accorde le plus avec leurs penchans, leur raison, & les motifs qui les inclinent.

Des défenses fondées sur la nullité, ou sur l'acquitement des obligations.

674. Les obligations sont nulles lorsque celui qui s'est obligé étoit incapable de le faire.

Cette incapacité est fondée ou sur un défaut naturel, comme l'enfance, l'imbécillité, la démence, ou sur l'interdiction prononcée par les loix; telle est l'incapacité où sont les femmes mariées de contracter sans l'autorisation de leurs maris.

La nullité de l'obligation vient encore de la prohibition que la loi a fait du fait, ou de l'obligation à laquelle on s'est engagé; ainsi les promesses faites contre les bonnes moeurs, ou l'aliénation d'une chose dont la loi a défendu de disposer, sont nulles de plein droit.

675. En France, il n'y a d'obligations nulles de plein droit que celles qui sont contraires à l'honnêteté naturelle, ou prohibées par une loi expresse.

Les autres vices des conventions peuvent bien donner lieu à la restitution

cution ; mais jusques-là l'obligation subsiste.

676. La maniere la plus naturelle d'éteindre une obligation est le payement.

Le payement se fait en faisant ou fournissant réellement au créancier ce qu'on avoit promis de lui donner ou de lui faire ; si le créancier étoit en même tems débiteur de celui qui lui doit, il se fait alors un payement fictif qu'on appelle *compensation* : mais pour que la compensation se fasse, il faut que les deux créances soient liquides.

Une créance est liquide lorsqu'elle est certaine (*a*) & exigible (*b*) ; il n'importe alors que l'une produise des intérêts, & que l'autre n'en produise pas, la compensation ne s'en fait pas moins de plein droit, c'est-à-dire par le seul concours de deux créances liquides.

(a) *Leg.* 14 *Cod. de compens.*
(b) *Leg.* 7. *D. de eis.*

La décharge que donne le créancier à son débiteur, est encore une maniere d'éteindre l'obligation ; si cette remise se fait en échangeant l'obligation contre une autre, c'est ce qu'on appelle *novation* : elle ne peut servir de défenses, qu'autant

que la personne du débiteur est changée.

Ce changement ne se présume point, il faut qu'il paroisse que les Parties en sont convenues expressément (a) : il en est de même dans le cas de la délégation.

(a) Instit. quib. mod. tol. oblig.

La délégation est un transport que le débiteur fait à son créancier d'une créance qu'il a sur un tiers, & qui sert à l'acquiter envers son créancier.

SECTION QUATRIEME.

Du payement.

677. IL faut voir qui sont ceux qui peuvent payer, à qui on peut payer, ce qu'on peut payer, comment on peut payer, & quel est l'effet du payement.

1°. Non-seulement le débiteur peut payer, mais même un étranger le peut faire pour lui, & contraindre le créancier de recevoir quand même il n'auroit point d'intérêt à la dette, & qu'il payeroit sans le consentement du débiteur; car il n'importe au créancier de qui

l reçoive ce qui lui eſt dû, pourvu qu'il le reçoive : mais la faculté de payer ce qu'un autre doit ; ne s'étend pas jusqu'à celle de pouvoir rembourſer une rente conſtituée qu'un autre doit.

678. 2°. On ne peut payer qu'à celui à qui on doit, ou à celui que le créancier a prépoſé pour recevoir.

On peut cependant payer au créancier de ſon créancier, quand le premier l'a fait ordonner par Sentence rendue avec ſon débiteur qui n'en a point appellé ; & alors un ſeul payement acquite deux perſonnes, ou plutôt il ſe fait autant de payemens qui s'éclipſent en apparence, qu'il y a de dettes acquitées.

On peut encore payer au tuteur ou curateur des mineurs & des interdits, ſans qu'il ſoit beſoin d'avis de parens, ni d'autorité de Juſtice, quand il s'agiroit même de ſommes conſidérables, ou de rembourſement de rente ; car nous jugeons, contre ce qui ſe pratique dans les pays de Droit Ecrit, que le tuteur & curateur ſont ſuffiſamment autoriſés par la loi & le Magiſtrat, pour

recevoir au nom de leurs mineurs.

On peut payer au mari ce qu'on doit à la femme commune en biens avec lui ; car le mari étant le maître de la communauté a droit de toucher tous les deniers qui doivent y tomber & d'en disposer, sauf de tenir compte à la femme du remploi après la dissolution du mariage ; le mari est d'autant plus en droit de recevoir le remboursement des rentes propres de sa femme, que ce remboursement étant une aliénation nécessaire, est un pur acte d'administration.

679. 3°. Le créancier n'est pas obligé de recevoir une chose pour une autre (a), des effets par exemple au lieu d'argent qui lui est dû ; cependant lorsqu'un débiteur, qui n'a pas de quoi payer ses créanciers, offre de leur donner ses biens en payement, on oblige quelquefois les créanciers à les recevoir (b).

On déroge en ce cas à la regle générale pour l'intérêt commun des créanciers & du débiteur, dont les biens sans cela seroient bientôt consommés par les frais de Justice, sans acquiter le débiteur ni enrichir les créanciers.

(a) Leg. 50. Leg. 95. D. de solut.

(b) Art. 5. 6. & 7. du tit. 1. de l'Ordon. de 1675.

680. 4°. Le créancier ne peut être contraint à recevoir une partie seulement de sa dette, à moins que l'autre partie ne fût contestée (a) : mais s'il lui est dû plusieurs sommes par divers titres d'obligations, le débiteur peut payer celles qu'il lui plaît, sans payer les autres.

Si le débiteur de diverses sommes, par différentes obligations, fait de tems en tems des payemens à compte, sans spécifier sur laquelle, on présume qu'il a eû intention de payer sur la plus dure (b) & la plus pressante : ainsi le payement sera d'abord imputé sur celle qui emporte la contrainte par corps ; ensuite sur celle dans laquelle il y a des cautions (c), à la décharge desquelles on doit tendre ; puis sur celles qui portent intérêt ; ensuite sur les hypothécaires, & enfin sur la plus ancienne (d).

Le débiteur d'une somme dont il est dû plusieurs années d'intérêt est présumé payer d'abord sur les intérêts (e), si c'est une rente ; car il ne doit proprement que les arrérages ; & le remboursement du principal est pour lui une faculté, & non pas une dette.

(a) Leg. 21. D. de rei credit.

(b) Leg. 5. D. de solut.

(c) Leg. 4. D. de tit. & de Leg. 5.

(d) De Leg. 5.

(e) Leg. 1. eodem.

Il en eſt de même ſi c'eſt une de ces obligations ſi favorables, & ſi privilégiées, qu'elles portent intérêt d'elles-mêmes, quoiqu'exigibles, comme la dot: mais ſi c'eſt une ſimple obligation dont il eſt dû des intérêts en vertu d'une Sentence, le payement s'impute d'abord ſur le principal en pays coûtumier, contre la diſpoſition générale des loix écrites (a).

681. 5°. L'effet naturel du payement eſt d'éteindre la dette, & tous les droits qui y étoient attachés, comme des acceſſoires: cependant il ne l'éteint pas toujours, & la ſubrogation donne quelquefois au payement l'effet de faire paſſer à celui qui paye, les droits & les actions du créancier qui eſt payé.

La ſubrogation en général eſt la maniere de faire paſſer les droits & actions d'une perſonne à une autre.

La maniere la plus ſimple & la plus naturelle de le faire, celle qui ſe préſente d'abord, eſt le tranſport & la ceſſion que fait volontairement un créancier, des droits & actions qu'il a contre ſon débiteur, à une perſonne à qui il veut les faire paſſer.

(a) Leg. 5. §. 2. D. de ſolut. Voyez Argou hic.

L'effet de ce transport est de constituer le cessionnaire procureur du cédant pour son propre compte, & de lui donner en cette qualité le pouvoir de poursuivre le débiteur, ainsi que le créancier auroit pu faire lui-même : le cessionnaire ne devient donc pas créancier par la cession ; car la créance est nécessairement attachée à la personne du créancier, qu'elle ne peut quitter que par l'extinction de la dette ; le cessionnaire n'est que le procureur *in rem suam* du cédant.

La subrogation proprement dite est le changement qui fait passer les droits & actions d'un créancier qu'on paye, à celui qui le paye, qui met celui qui paye à la place de celui qui est payé, & lui donne le pouvoir d'exercer ses droits & ses actions, *transfusio unius creditoris in alium.*

Mais n'y a-t'il pas contradiction qu'un créancier reçoive le payement d'une obligation qui lui est dûe, & qui s'éteint par ce payement, & qu'il transporte dans le même instant le droit d'une obligation qui vient d'être anéantie ?

Il faut répondre que le créancier

cede plutôt ses droits qu'il ne quitte de la dette (a), *non in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendit.*

(a) Leg. 36. p. 6. D. de fidei. Leg. 16. D. de solut.

682. Cette subrogation differe de la cession & transport dans un caractere essentiel, qui consiste en ce que le créancier, qui cede ses actions en recevant le payement de ce qui lui est dû, a principalement intention d'être payé & de recevoir ce qui lui est dû; & s'il cede ses actions, c'est par accident, & seulement en faveur de celui qui le paye, & qui a intérêt de succéder aux droits & actions du créancier, pour assûrer son recours contre le débiteur principal.

Au contraire, dans la cession & transport, le créancier a principalement intention de disposer de sa créance au profit d'une autre personne, & cette personne a l'intention d'acquérir un droit & non pas de se libérer.

De-là naissent deux différences considérables, entre la cession & transport, & la subrogation : dans la cession & transport, le créancier est garant de la vente qu'il fait de la dette cédée s'il n'y a convention

contraire ; dans la subrogation, il ne l'est jamais.

Dans la cession, les droits & actions du créancier passent avec les charges que la condition du créancier y avoit attachées ; ainsi si ce sont des droits immobiliaires ; ils demeureront affectés à l'hypotheque des créanciers du cédant.

Dans la subrogation, l'hypotheque ne suit point les droits cédés qui y étoient affectés ; comme le créancier a eu principalement intention de recevoir son payement, la dette est censée s'éteindre à l'égard de tous autres, que de celui qui en payant avoit intérêt de faire revivre en sa faveur les droits du créancier.

683. De-là vient que si le créancier subroge un étranger, qui le paye de gaieté de cœur, sans avoir aucun intérêt d'acquiter la dette, encore que l'acte soit conçu sous la forme d'un payement avec subrogation, il n'aura l'effet que d'une cession & transport ; car comme rien n'obligeoit le créancier d'accorder la subrogation, il est naturel de penser qu'il a voulu purement & simplement disposer de sa dette au

profit de cet étranger.

684. Il pouvoit arriver que le créancier ou injuste, ou difficile, refusât une subrogation, qui ne lui étoit nullement nuisible, & étoit en même tems utile à celui qui le payoit, & comme ce refus est contraire à cette grande regle de l'équité naturelle, qui nous ordonne de faire pour les autres *res utilitatis innoxiæ*, il étoit juste que celui à qui on refusoit la subrogation pût faire contraindre par l'Office du Juge le créancier à l'accorder; c'est aussi le parti que prirent d'abord les Romains dans ce cas (a).

(a) *Leg. ult. Cod. de priv. fisc.*

Mais il parut ensuite plus commode de faire par l'autorité de la loi, d'une maniere simple, uniforme & générale, ce qui ne se pouvoit faire que d'une façon particuliere & bornée par l'Office du Magistrat, & les Législateurs ont pris le parti d'accorder la subrogation à tous ceux à qui il paroissoit équitable de l'accorder toutes les fois qu'ils payeroient des dettes qu'ils auroient intérêt de payer, encore même que le créancier refusât de subroger.

Mais ils l'ont accordée différem-

ment; aux uns la loi accorde de plein droit la ſubrogation, par le ſimple effet du payement qu'ils font, ſans qu'il ſoit même néceſſaire qu'ils la demandent au créancier; à d'autres elle ne l'accorde point s'ils ne la demandent au créancier en le payant : mais elle l'accorde en ce cas, ſoit que le créancier la conſente ou non.

685. Enfin, comme on a vu qu'il étoit juſte d'accorder au débiteur la faculté de changer de créancier, la loi accorde encore la ſubrogation à ceux qui ont prêté leurs deniers au débiteur à la charge d'être ſubrogés, & elle la leur accorde encore même qu'ils ne l'ayent pas demandé au créancier, pourvu qu'ils en ſoient convenus avec le débiteur, & que le débiteur ait payé de leurs deniers le créancier.

On voit par-là qu'il y a trois eſpeces de ſubrogations légales; la premiere, la ſubrogation purement légale; la ſeconde, la ſubrogation accordée par la loi, lorſqu'elle eſt demandée par celui qui a intérêt de payer & d'être ſubrogé en payant; la troiſieme, la ſubrogation accordée par la loi à l'étranger qui prête

ſes deniers au débiteur à condition d'être ſubrogé.

686. Dans celle-ci ſix conditions ſont néceſſaires pour que l'étranger, qui fournit ſes deniers pour payer une dette, acquierre la ſubrogation ſans la requérir du créancier ; ni la faire ordonner en Juſtice, ni payer lui-même le créancier (*a*).

(*a*) Déclarat. de Mai 1609. Arrêté du 6. de Juil. 1690.

La premiere, que les deniers ſoient fournis au débiteur par l'étranger.

La ſeconde, qu'il y ait ſtipulation : 1°. Que le débiteur employera les deniers au payement de l'ancien créancier, & que celui qui les prête ſera ſubrogé en ſes droits.

La troiſieme, que cette ſtipulation précede le payement, ou ſoit de même date.

La quatrieme, que l'acte en ſoit paſſé pardevant Notaires.

La cinquieme, que dans la quittance, ou dans l'acte qui en tiendra lieu, il ſoit fait mention que le rembourſement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier.

La ſixieme, que cette quittance, ou acte équipollent, ſoit auſſi paſſé pardevant Notaires.

687. A l'égard de la premiere espece de subrogation, la regle générale, pour distinguer ceux qui doivent être subrogés de plein droit d'avec ceux qui ne doivent pas l'être, est que ceux qui payent une dette, qu'ils ne doivent point personnellement, mais qu'ils ont cependant intérêt de payer, sont subrogés de plein droit, parce qu'en payant ils avoient vraissemblablement la vue & l'intention d'être subrogés; or la loi accorde toujours la subrogation aux justes désirs de celui qui la demande, ou qui est censé la demander, pourvu qu'il ait intérêt de la demander.

Au contraire, ceux qui payent des dettes qu'ils doivent personnellement ne sont pas subrogés, s'ils ne le demandent, parcequ'ils peuvent fort bien n'avoir point eu d'autre intention en payant, que celle de s'acquiter.

La loi est toujours prête à la vérité à accorder la subrogation, lorsqu'elle est avantageuse à celui qui paye sans nuire à personne: mais elle veut au moins que celui qui paye la désire, & ait eu intention d'être subrogé, intention qui régu-

lierement ne se marque que par des paroles; mais quelquefois aussi elle se présume par l'évidence du fait, & par la nature de l'affaire qui s'est passée entre les Parties, comme dans les especes qui suivent.

688. Suivant ce principe, le créancier hypothécaire postérieur, qui rembourse le créancier antérieur du même débiteur, lui est subrogé de plein droit (*a*).

Il en est de même de l'acquéreur qui paye les créanciers de son vendeur, qui lui ont été délégués par son contrat d'acquisition; car il est visible qu'il ne le fait que pour se maintenir contre des créanciers postérieurs, dans la possession de la chose acquise (*b*).

3°. Il en est du tiers détenteur qui pour se conserver la possession de son fonds, paye le créancier qui avoit donné contre lui l'action hypothécaire, comme de l'acquéreur qui paye les délégations, il est subrogé de plein droit: mais en vertu de cette subrogation, il ne pourra agir solidairement en action hypothécaire contre les autres détenteurs d'héritages hypothéqués à la même dette, mais seulement *pro*

(*a*) *Cod. de his qui in prior. cred. loc. succ.*

(*b*) *Leg.* 3. *Cod. de iis qui in prior.* Cuj. *pare iis. Cod.* Louet, lett. C.

modo detentionis ; car tous ces codétenteurs étant également possesseurs d'héritages affectés à la dette, il est juste que leur condition soit égale.

689. 4°. C'est une suite du même principe, que le conjoint soit subrogé de plein droit aux droits & actions du créancier de la rente qui étoit dûe par l'autre conjoint, & qui a été remboursée, pendant le mariage, des deniers tirés de la communauté.

Aussi la coûtume de Paris, dont la décision est devenue à cet égard d'un droit commun, décide *(a)* que tel rachat est réputé conquêt, & que l'héritier du conjoint qui devoit la rente est tenu d'en continuer à l'autre la moitié.

(a) Art. 244. & 245.

Cette subrogation a aussi lieu lorsqu'au lieu d'une rente la communauté a payé une obligation dûe par l'un des deux conjoints, avant son mariage, pourvu qu'il fût stipulé dans le contrat de mariage, que les dettes des conjoints antérieures au mariage ne tomberoient point dans la communauté ; c'est toujours la même raison & le même principe.

Il faut encore en conclurre que si la femme, du chef de laquelle la rente étoit dûe, vient à renoncer à la communauté, la rente entiere revivra, & elle ne sera pas seulement tenue d'en continuer la moitié, mais le total aux héritiers de son mari.

690. 5°. Enfin, l'héritier par bénéfice d'Inventaire, qui paye de ses deniers les dettes de l'hérédité, est subrogé de plein droit aux hypotheques & priviléges des créanciers qu'il a payés.

691. Dans tous ces cas, la subrogation se fait de plein droit; dans les autres, elle doit être demandée, ou avant le payement, ou au moins dans le tems du payement: après le payement, il ne seroit plus tems, puisque la dette, l'action & l'hypotheque auroient été éteintes par le payement.

La caution, le coobligé solidairement, le cotuteur, le mandataire, à qui un débiteur a donné ordre de payer pour lui, ne sont donc pas subrogés, s'ils ne le demandent, parce qu'ils peuvent fort bien n'avoir point eu d'autre intention

tion en payant, que de se libérer (a).

692. L'étranger qui paye volontairement une dette, à laquelle il n'a point d'intérêt, n'est point subrogé, non pas seulement s'il ne demande la subrogation, mais même s'il ne l'obtient du créancier qu'il paye.

Il est vrai que toute personne a droit de payer pour une autre, même sans le pouvoir & le consentement du débiteur : mais son droit ne s'étend pas au-de là de ce qui est nécessaire pour la libération du débiteur ; il ne va pas jusqu'à pouvoir acquérir les droits du créancier, qui n'est point dans ce cas obligé de les céder, s'il ne le veut ; s'il le fait donc volontairement, ce sera une vraie vente & un vrai transport, qui aura suite de garantie contre le cédant, & d'hypotheque contre le cessionnaire.

Il y a cependant un cas où l'étranger qui paye, & auquel le créancier refuse la cession, ne laisse pas d'être subrogé ; c'est lorsqu'il a payé de l'ordre du débiteur, car alors étant mandataire du débiteur il a intérêt de payer pour exécuter

(a) Arrêt du 26. Août 1581. rapp. par Augeard, contre l'avis de Dumoulin.

sa commission, & par conséquent de demander la subrogation pour mieux assûrer son recours ; & c'est peut-être ce qui a donné lieu à la troisiéme espece de subrogation, établie par l'arrêté de 1690.

693. L'effet propre & naturel de la subrogation, est de donner pouvoir au subrogé d'exercer pour son propre compte tous les droits & actions du créancier, & par-là d'empêcher l'extinction de la dette, si la dette ne demeuroit point, les hypotheques & les cautions, qui en sont l'accessoire, ne pourroient pas subsister comme ils sont.

Le subrogé peut donc faire tout ce que le créancier auroit pu faire lui-même, à moins que ses engagemens personnels n'y mettent un obstacle ; si, par exemple, il étoit caution ou coobligé à la dette, l'action à laquelle il succede seroit divisée, & il ne pourroit plus agir solidairement contre les coobligés ou codétenteurs.

2°. Le subrogé peut exercer les droits, actions, priviléges & hypotheques du créancier auquel il succede, sur les biens de tous ceux qui sont obligés à la dette, & de

leurs cautions ; ce qui eſt fondé ſur ce que la ſubrogation opere la même choſe que la ceſſion & tranſport, *transfuſio unius creditoris in alium.* (*a*).

(*a*) Arrêt de 1690.

694. 3°. C'eſt une grande maxime ſur la ſubrogation, que la loi ne l'accorde que lorſqu'elle ne nuit à perſonne, & ſon effet eſt limité par l'intérêt des autres ; d'où il ſuit qu'il ne faut point étendre l'effet de la ſubrogation, de maniere qu'elle nuiſe ou au ſubrogé lui-même, ou au créancier auquel on eſt ſubrogé, ou au débiteur qui l'a conſentie, ou à des tiers.

C'eſt pour cela : 1°. Que le vendeur qui a reçu une partie du prix de la choſe vendue, eſt préféré pour le reſte aux créanciers qui ont prêté les deniers des premiers payemens, quoique ſubrogés en ſes droits & privileges. 2°. Que l'ancien créancier qui a reçu une partie de ſa créance des deniers prêtés à cet effet, par un nouveau créancier avec ſubrogation, retient ſur lui un droit de préférence pour le reſtant de ſa créance. 3°. Que le nouveau créancier qui a prêté

avec ſubrogation, pour rembourſer le principal & les arrérages de rente dûs à un ancien créancier, n'acquiert point la ſubrogation au préjudice des créanciers intermédiaires, & n'a d'hypotheque pour les intérêts de la ſomme employée au rembourſement des arrérages, que du jour du nouveau prêt [*].

[*] Arrêtés de Lamoignon. Journal du Palais, page 801.

FIN.

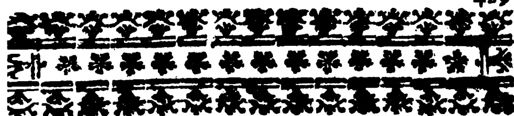


TABLE ALPHABETIQUE DES MATIERES

Contenues dans les deux Volumes.

La lettre A désigne le premier Volume, & la lettre B le second. Les chiffres romains renvoient aux Discours qui sont en tête du premier Volume.

A

I

Défaut

Fin de la Table.

APPROBATION.

J'Ai lu par ordre de Monseigneur le Chancelier la nouvelle édition des *Principes de la Jurisprudence Françoise*, *par M. Prevost de la Jannès*, & les Additions qui y ont été faites m'ont paru capables d'augmenter l'utilité d'un Ouvrage qui a été déja si bien reçu du Public. A Paris, ce 15. Janvier 1759.

ROUSSELET.

PRIVILEGE DU ROI.

LOUIS, par la grace de Dieu, Roi de France & de Navarre : à nos amés & féaux Conseillers les Gens tenans nos Cours de Parlement, Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel, Grand Conseil, Prevôt de Paris, Baillifs, Sénéchaux, leurs Lieutenans Civils, & autres nos Justiciers qu'il appartiendra, SALUT. Notre amé le Sieur ******, Nous a fait exposer qu'il désireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre : *Les Principes de la Jurisprudence Françoise, par Mde. la Jannès*, s'il nous plai-

soit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce nécessaires : A ces Causes, voulant favorablement traiter l'Exposant, Nous lui avons permis & permettons par ces Présentes de faire imprimer ledit Livre en un ou plusieurs volumes, & autant de fois que bon lui semblera, & de le faire vendre & débiter par tout notre Royaume, pendant le tems de douze années consécutives, à compter du jour de la date des présentes. Faisons défenses à tous Imprimeurs, Libraires, & autres personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangere dans aucun lieu de notre obéissance; comme aussi de réimprimer, ou faire réimprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Livre, ni d'en faire aucun extrait, sous quelque prétexte que ce soit, d'augmentation, correction, changement de titre, ou autrement, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Exposant, ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts; à la charge que ces présentes seront enregistrées tout au long sur le Regiftre de la Communauté des Libraires & Imprimeurs de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que la réimpression dudit Livre sera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caracteres, conformément à la feuille imprimée attachée pour modele sous le contrescel des présentes; que l'Impétrant se conformera en tout aux Reglemens de la Librairie, & notamment à celui

du 10. Avril mil sept cent vingt-cinq ; qu'avant de l'exposer en vente, l'Imprimé qui aura ſervi de copie à la réimpreſſion dudit Livre, ſera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée, ès mains de notre très-cher & féal Chevalier Chancelier de France le ſieur DE LAMOIGNON, & qu'il en ſera enſuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliotheque publique, un dans celle de notre Château du Louvre, & un dans celle de notredit très-cher & féal Chevalier Chancelier de France le ſieur DE LAMOIGNON, le tout à peine de nullité des Préſentes : du contenu deſquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Expoſant, ou ſes ayans-cauſe, pleinement & paiſiblement, ſans ſouffrir qu'il leur ſoit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie deſdites Préſentes, qui ſera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Livre, ſoit tenue pour dûement ſignifiée, & qu'aux copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conſeillers & Secrétaires, foi ſoit ajoutée comme à l'original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent ſur ce requis, de faire pour l'exécution d'icelles tous Actes requis & néceſſaires, ſans demander autre permiſſion, & nonobſtant clameur de Haro, Charte Normande, & Lettres à ce contraires : Car tel eſt notre plaiſir. Donné à Verſailles, le neuviéme jour du mois de Fevrier, l'an de Grace mil ſept cent cinquante-neuf, & de notre Regne le quarante-quatriéme. Par le Roi en ſon Conſeil.

LE BEGUE.

J'ai cédé mon droit réſultant du Privilége ci-

